

## A TUTELA PENAL DOS “NOVOS” DIREITOS À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: A GENEALOGIA DE UMA INVERSÃO IDEOLÓGICA

Carlos Miguel Villar de Souza Júnior<sup>1</sup>

**Resumo:** A transposição do paradigma estatal liberal para o social teve por consectário lógico uma maior necessidade de intervenção do Estado jungida a uma crescente demanda pela tutela dos denominados “novos direitos”. Dentre os vários ramos do Direito, certamente um daqueles que mais sofreu (e ainda sofre) forte influência dessa alteração de modelo estatal foi, sem dúvida, o Direito Penal. Nos planos político e social surgem, cada vez mais, demandas pela proteção penal desses novos bens jurídicos, sob o argumento de salvaguardar os direitos humanos. Como decorrência lógica dessas inquietudes sociais, amplia-se o rol das condutas puníveis, bem como o horizonte de projeção da punibilidade. Em contrapartida, subleva-se um paradoxo evidente: ao mesmo tempo em que se busca dar proteção a novos bens jurídicos potencializa-se a força de atuação radical das agências punitivas, ampliando-se, destarte, a atuação da principal engrenagem do mais forte mecanismo de controle social e reprodução do sistema hegemônico já concebido ao longo da história, qual seja, o Direito Penal. O presente ensaio é uma tentativa de apresentar à comunidade acadêmica em geral alguns aspectos dessa tensão evidente, bem como questionar a adoção desse novo modelo como forma de efetivar os direitos humanos, perfazendo-se uma análise à luz da teoria crítica dos direitos humanos.

**Resumen:** La transposición del paradigma del Estado liberal para o social tuvo como consecuencia lógica una mayor necesidad de una intervención estatal uncidos a una creciente demanda para la protección de los denominados "nuevos" derechos. Entre las diversas ramas del derecho, sin duda, uno de los que más sufrieron (y aún sufre) influencia de este cambio de modelo de Estado fue lo Derecho Penal. En la vida política y social, surgen cada vez más demandas de protección de estos nuevos intereses bajo el argumento de protección de los derechos humanos. Como consecuencia lógica de estas preocupaciones sociales, se ensancha la lista de conductas punibles, así como el horizonte de proyección de lo Derecho Penal. Por el contrario, lanzando una paradoja evidente: mientras se busca dar protección jurídica a los nuevos derechos, los organismos radicales de acción punitiva com el tiempo se extiendem. Este ensayo es un intento de presentar a la comunidad académica los aspectos generales de esta tensión evidente, así como la cuestión de la adopción de este nuevo modelo como una forma de hacer respetar los derechos humanos, haciendo un análisis bajo la luz de la teoría crítica de los derechos humanos.

---

<sup>1</sup> Advogado. Especialista em Direito Penal, Criminologia e Política Criminal pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL em parceria com a Universidad Pablo de Olavide (UPO) em Sevilha/Espanha. Professor do curso de graduação em direito das Faculdades OPET, da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) e da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Prof. convidado do curso de aperfeiçoamento de magistrados em Direito Eleitoral da Escola da Magistratura do Paraná. Ex-docente do Centro de Estudos Jurídicos Prof. Luiz Carlos/PR.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

**Palavras-Chave:** Direito Público; Direito Penal; Democracia; Política Criminal; Controle Estatal; Totalitarismo; Estado Liberal; Estado Social; Reversibilidade Ideológica; Direitos Humanos; Teoria Crítica; Direito Penal do Inimigo, Expansionismo Penal; Emancipação social; Funções da pena; Interculturalidade; Desenvolvimento.

**Palabras-Clave:** Derecho Público, Derecho Penal, Derechos Humanos; Democracia, Política Criminal, Control del Estado, Totalitarismo, Estado liberal, Estado de bienestar; Reversibilidad ideológica; Teoría crítica; Derecho Penal del Enemigo, Expansionismo Penal; funciones de la pena; Emancipación; Interculturalidad; Desarrollo.

### **Introdução.**

A quebra do paradigma liberal vigente desde a Revolução Francesa e sua paulatina substituição pelo modelo social fez surgir para o Estado uma nova gama de atribuições que, em momentos históricos anteriores, sequer eram cogitadas. Ante as gritantes assimetrias sociais creditadas às idéias liberais, sintetizadas no *laisser passer, laisser faire*, o Estado foi chamado a intervir. O absentéismo estatal do sistema liberal clássico dá lugar a uma ampla visão intervencionista do Estado, trazendo, com isso, novos desafios.

Com efeito, o reconhecimento de novas garantias e direitos trouxe consigo uma premente necessidade da elaboração de novos mecanismos de proteção desse conjunto de novos bens jurídicos. Dentre esses mecanismos, o direito penal surge, pelo menos no plano discursivo, como um dos ramos mais capazes e eficientes de garantir e consolidar esse novo modelo vigente. Visualizam-se, nesse exato momento histórico, as formas embrionárias das doutrinas da neutralização do indivíduo desviante.

Verifica-se claramente no âmbito da criminalização primária, a criação desenfreada de novos tipos penais, com o reconhecimento de novos valores e interesses agora alçados à categoria de bens jurídicos e, portanto, passíveis de proteção penal. Criam-se os bens jurídicos coletivos e difusos e com eles as leis penais protetivas desses direitos *e.g.* Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher (Lei 11.340/060), Lei de combate ao Crime Organizado (Lei 9.034/95), Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.037/90), dentre outras.

Legitima-se a edição desses novos diplomas legislativos com a adoção da concepção (ingênua) de que o direito penal é capaz de dar uma proteção mais efetiva a qualquer

possibilidade de lesão a esse novo rol de bens jurídicos. Apresenta-se como justificativa a proteção dos novos direitos, e porque não, dos direitos humanos em geral, ampliando-se, assim, o rol das condutas puníveis com o conseqüente incremento do horizonte de projeção do Direito Penal. No afã de dar proteção a esse novo arcabouço de direitos humanos, o Estado se amplia, bem como o se amplia seu poder punitivo, sublevando-se um evidente paradoxo dentro do sistema jurídico normativo.

Tal assimetria revela-se presente na medida em que, ao mesmo tempo em que se busca concretizar os direitos humanos, amplia-se o braço estatal que hoje é concebido como um dos maiores violadores desses mesmos direitos.

A primeira parte deste estudo dedica-se à análise da guinada epistemológica decorrente da quebra do paradigma liberal e sua substituição pelo modelo de estado social, apresentando-se as principais características dessa transição, bem como o arcabouço teórico que dá base a esse novo modelo de Estado.

Em seguida, passa-se ao exame do surgimento dos novos direitos e dos novos bens jurídicos que, agora, passam a gozar de um *status* protetivo pleno, exigindo do Estado a criação de mecanismos de defesa e fruição desses direitos.

Nos tópicos que se seguem, debruçamo-nos sobre a influência de tal paradigma sobre o Direito Penal, bem como traçamos algumas críticas aos modelos penais totalitários que naturalmente decorrem de uma política estatal expansionista.

Ao final, valendo-nos dos ensinamentos de David Sánchez RUBIO, teceremos alguns breves comentários acerca da inversão ideológica decorrente da adoção de um sistema penal que, visando salvaguardar os direitos humanos, acaba paradoxalmente, revelando-se como um dos maiores mecanismos de vulneração desses mesmos direitos que visa proteger.

## **1. Estado Social e o fenômeno da expansão do Direito Penal.**

A degeneração dos ideais revolucionários de 1789, a reprodução desenfreada do modo de produção capitalista e o aumento das desigualdades sociais constituíram-se no pano de fundo de uma ampla reforma estatal iniciada com a revolução bolchevique de 1917. O desvelamento de uma realidade em que a igualdade circunscrevia-se meramente ao plano formal, jungida a ausência de capacidade de resolução das mais variadas formas de demandas

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

sociais decorrentes da adoção de um modelo estatal ausenteísta, permitiu a eclosão de um novo modelo estatal, hodiernamente concebido como Estado Social.

Em apertada síntese, a lógica norteadora dessa nova forma de Estado, consubstanciava-se em uma necessidade de atuação positiva ensejadora do “(...) *desenvolvimento e não do mero crescimento econômico, realizando-se, destarte, uma justiça social efetiva, é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico (...)*”<sup>2</sup>. Substitui-se, assim, o estado-ausente pelo estado intervencionista, objetivando-se, com tal proceder, a concretização de vários direitos que outrora encontravam guarida tão-somente no plano legal-normativo.

Nesse ambiente filosófico e cultural é que começam a surgir as novas demandas sociais por proteção de direitos, exigindo-se não mais a mera abstenção estatal, mas sim a vivificação de um Estado de efetivo bem-estar social.

Promulgam-se as novas Constituições de Weimar e do México, instalam-se, na Alemanha e nos demais países da Europa Continental, Tribunais Constitucionais, redemocratizam-se e reconstitucionalizam-se as nações de Portugal e da Espanha, culminando com a edição, no Brasil, da Constituição Federal de 1988.

O advento da *Constituição Cidadã* assinala não só um marco histórico para o direito constitucional do país, como também um momento de alteração paradigmática em toda a disciplina do Direito Constitucional.

Conforme percuientemente analisado por Luís Roberto BARROSO:

*“A partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade”*.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. 7ª tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, pág. 55.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo” – Saraiva. São Paulo. 2009. P.248/249.

Surge, assim, o ideal neoconstitucionalista (ou pós-positivista) de introdução de valores e efetivação dos direitos fundamentais, retirando do texto magno sua suposta característica programática para elevá-los à condição de valores concretos buscados no dia-a-dia da prática judicial.

Essa nova forma de interpretação constitucional subsume-se a determinados *princípios de justiça* e à consagração de direitos fundamentais e sociais que exigem, cada vez mais, uma atuação positiva do Estado (intervenção estatal), não havendo se falar, portanto, na mera garantia de liberdades negativas.

O direito penal, a seu turno, ganha novos papéis, tendo de abandonar, nas palavras do saudoso mestre Nelson HUNGRIA, o seu vetusto posto de “*soldado de reserva*”, para adentrar, definitivamente, ao campo de batalha, quiça como primeira opção para a garantia desses “novos” direitos. Essa nova gama de atribuições estatais acabou por inverter a lógica penal da intervenção mínima e da *ultima ratio* (clássicas no âmbito da ciência penal), dando a esse ramo jurídico pretensões que vão muito além da mera proteção de bens jurídicos.

Com efeito, passou-se do direito penal individual ao direito penal coletivo, dos crimes de dano e lesão aos crimes de perigo (abstrato ou concreto), antecipou-se a aplicação do direito quase como em um exercício de cartomancia, chegando-se até mesmo a cogitar a punição dos atos meramente preparatórios.

Surge, assim, um contexto altamente propício à introdução de sistemas penais totalitários e que buscam adotar o Direito Penal como o meio mais eficiente para salvaguardar a sociedade de toda e qualquer atividade criminosa. Sustenta-se a diminuição de garantias individuais como única forma de evitar a disseminação do fenômeno criminógeno, espria-se o medo e a ausência de controle sobre os riscos já existentes e o que estão por vir, cria-se um clima de terror social que exige uma resposta mais efetiva do Estado através do recrudescimento das penas e dos mecanismos de prevenção delitiva em geral.

O novel contexto social de uma sociedade de risco, tal como na formulação elaborada por Ulrich BECK, aliado a necessidade de defesa da sociedade contra toda espécie de atentado contra as novas conquista sociais, passa a exigir do Estado um novo programa de política criminal até então inexistente, buscando, ao revés de toda evolução histórico-

científica da ciência criminal, um direito penal expandido, que maximiza sua esfera punitiva, introduzindo-se, assim, um “direito penal do inimigo”.

## **2. O paradigma do risco e a necessidade de defesa social: lançamentos das bases para formas totalitárias de Direito penal (O direito penal do inimigo de Günther Jakobs).**

Conforme já alinhavado, o fenômeno da maximização penal decorre naturalmente da necessidade estatal em promover a segurança e a garantia de fruição de uma série de novos bens jurídicos que, em momento anterior, não gozavam de proteção penal.

O contexto em que tais movimentos expansionistas se desenvolvem é justamente o período entre Guerras<sup>4</sup> e que, atualmente, é reanimado, sobretudo e infelizmente, através de doutrinas de exceção como o denominado *Direito Penal do Inimigo*, formulado pelo ilustre Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Bonn, Günther JAKOBS.

Para o mestre alemão existem duas modalidades de Direito Penal, a saber: a primeira delas consistente no *Direito Penal dos Cidadãos* e que guarda estreita correlação com o ideal clássico da ciência penal, ou seja, um direito penal de garantias do indivíduo contra o Estado, e que tem na aplicação da pena o objetivo de prevenir a prática delitiva e, ao mesmo tempo, ressocializar o cidadão desviante.

A segunda modalidade de Direito Penal apontada pelo autor consubstancia-se naquilo que denominou de *Direito Penal do Inimigo*, ou seja, um Direito Penal máximo e sem garantias em que a pena exerce apenas um papel de neutralização daquele que é concebido como inimigo da sociedade.

Parafraseando JAKOBS, considera-se inimigo aquele “*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*

---

<sup>4</sup> Conforme leciona Juan Ramón CAPELLA: “*en la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal preventiva, paternalista en el mejor dos casos, que hacía hincapié en el concepto de peligrosidad social; en ella hay fuertes elementos de una concepción penal totalitaria*”. In: “*Fruta Prohibida: una Aproximación Histórico-Teorética al Estudio del Derecho y del Estado*. Madrid. Trotta, 1997. p. 117.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

*maneira incidental*”. De toda sorte, é alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta<sup>5</sup>.

Trata-se, com todo respeito devido, de uma modalidade de Direito Penal Totalitário e que possui o condão de servir como fonte de restrição de garantias individuais em prol justamente da conservação dos direitos que supostamente pretende garantir.

Sobre o tema em apreço, lapidar o escólio de Juan Ramón CAPELLA ao afirmar que: “(...) *la idea de ‘peligrosidad social’, esto es, de que determinadas personas son predelincuentes aunque jamás hayan delinquido, no es de todo extraña a la cultura jurídica del estado gendarme. Em realidad es expresión suya fantasia lombrosiana del ‘criminal nato’*”.<sup>6</sup>

O retorno a ideia *lombrosiana* de criminalidade imanente, tal como assinalado pelo supracitado mestre, revela-se, atualmente, muito mais bem elaborada, assumindo contornos e requintes metodológicos que à época do pai da criminologia sequer eram cogitados.

Hodiernamente não mais se busca desvendar o estereótipo físico do delinqüente, mas sim, busca-se enquadrá-lo em algumas das características que o colocam em uma determinada casta social passível de ser classificada como uma classe *inimiga*.

Surge a teoria do etiquetamento (*labelling approach*), trasladando o paradigma do *direito penal do fato*, para o *direito penal de autor*. Em outras palavras, não se julga mais o cidadão pelo o que ele efetivamente praticou, mas sim pelo o que ele é, ou pelo que pode vir a se tornar.

Incute-se um medo que se generaliza no seio social, sendo que aquele cidadão comum constitui-se em um inimigo potencial e que, portanto, pode e deve ser neutralizado pelos meios de coerção estatal.

Legitima-se, assim, em nome da proteção aos direitos humanos, a possibilidade de restrição estatal desses mesmos direitos que desde há muito já estão consagrados, *e.g.* direito de reunião para fins pacíficos, direito de ir e vir, direito do cidadão de não ser preso exceto através de ordem judicial da autoridade judiciária competente, dentre outros. Surge, destarte, um paradoxo inevitável.

---

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal – Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. 1ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008. p. 149/150.

<sup>6</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una Aproximación Histórico-Teórica al Estudio del Derecho y del Estado*. Madrid. Trotta, 1997. p. 224).

#### **4. A inversão ideológica do discurso dos direitos humanos e o fenômeno da reversibilidade do Direito: uma aproximação com a teoria formulada por David Sánchez Rubio.**

De todo o até aqui exposto, infere-se um evidente paradoxo no discurso e nas práticas associadas à proteção dos direitos humanos. Por um lado, a alteração do modelo liberal e sua substituição pelo modelo social de Estado permitiram o reconhecimento de novos valores, novos bens jurídicos e novos direitos (humanos) que dantes subjaziam sob a limitada perspectiva individualista-liberal. De outro vértice, contudo, verificou-se o incremento excessivo dos mecanismos de repressão estatal, potencializando o poder de atuação das denominadas agências punitivas.

Conforme bem assinalado pelo ilustre Prof. Salo de CARVALHO:

*“(...) se o incremento e a ampliação dos interesses e valores a serem protegidos pelo Estado são densificados, proporcionando espetacular giro no sentido histórico dos direitos humanos, acoplado está o efeito perverso de maximização das malhas repressivo-punitivas face à ingênua conclusão de que o direito penal seria instrumento idôneo para tutelar novos bens jurídicos. Ou seja, o Estado Social, ao convocar agências repressivas, lhes aufere a missão de proteção dos novos interesses, fundado na crença em sua capacidade preventiva...”<sup>7</sup>.*

Ocorre, todavia, que esse contexto de ampliação do poder punitivo não se restringe à tipificação de novas condutas, tampouco à mera criação de novas formas de punir, mas sim, transforma-se em um complexo e amplo mecanismo de intervenção do poder repressivo institucionalizado que acaba sempre por recair em determinadas classes sociais menos favorecidas em detrimento de outra detentora do poder hegemônico.

A pretexto de garantir os direitos humanos de uma parcela da população viola-se os direitos e garantias fundamentais de outra com condições políticas materiais mais débeis.

Verifica-se dentro do plano normativo uma inversão ideológica do discurso dos direitos humanos, entendendo-se por reversibilidade do direito aquilo que o ilustre Professor

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª ed. Lumen Juris. Minas Gerais. 2009. p. 115.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

David Sánchez RUBIO anota como sendo “*a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si*”.<sup>8</sup>

Dentro de um mesmo sistema normativo verifica-se um discurso e uma efetiva tentativa de emancipação, enquanto inserto nesse mesmo mecanismo, todavia através de outra engrenagem, produz-se exclusão e neutralização de outra parcela de cidadãos que nunca tiveram uma proteção plena dos seus próprios direitos humanos.

Para David Sánchez RUBIO, esse fenômeno da reversibilidade do direito é um importante aspecto a ser considerado, mormente quando travestido de um discurso humanista. O ilustre Professor da Universidade de Sevilha diagnostica o fato de que pessoas comuns (e até mesmo profissionais do Direito) depositam uma confiança demasiada no plano legal-normativo, ou seja, no direito positivo dos ordenamentos jurídicos vigentes, olvidando e até mesmo ignorando “*as tramas sociais de dominação e império que constituem o paradigma normativo*”.<sup>9</sup>

Com efeito, não obstante a positivação dos direitos seja um fator fundamental para a emancipação social, importante se revela, a nosso ver, o manuseio cuidadoso dos instrumentos legais de poder, principalmente no que tange ao Direito Penal, uma vez que, ao trabalharmos com a violência institucionalizada, o risco de extravasamento do poder está sempre presente.

Nesse sentido, aliás, lúcida é a diagnose elaborada pelo Prof. Salo de CARVALHO, ao asseverar que: “*(...) se no paradigma liberal orientado pelo projeto de atuação episódica do direito penal é possível notar a freqüência do transbordamento das práticas punitivas, com a expansão operada pelo Estado intervencionista a patologia ganha legitimidade*”.<sup>10</sup>

Com efeito, é nesse contexto trazido à lume que a teoria crítica dos direitos humanos assume papel de extrema relevância, uma vez que tem por uma de suas principais características a capacidade de identificar esses processos de inversão ideológica, bem como a

---

<sup>8</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o Mercado, os Seres Humanos e a natureza*, in *Revista de Estudos Criminais* (22). Porto Alegre: Notadez/PPGCCRIM PUC/RS, 2006.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. Op. Cit., p. 23-24.

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª ed. Lumen Juris. Minas Gerais. 2009. p. 117.

criação de justificativas e mecanismos que só de forma aparente encontram-se voltados à satisfação efetiva dos direitos humanos.

### **Considerações finais.**

No atual estágio de evolução das ciências humanas, em especial no que se refere aos Direitos Humanos e ao Direito Penal, nada mais justifica o apego *seguro* do intérprete à letra da lei. A positivação de uma ampla gama de direitos humanos logicamente tem uma faceta positiva, todavia, como visto ao longo de todo o presente ensaio, deve ser vista sempre *cum grano salis*.

No âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade travestido de sua função garantista, inviabiliza, na maioria das vezes, a aplicação direta dos princípios vetores das garantias previstas pela Constituição Federal, vulnerando os mesmo direitos humanos que pretende garantir com seu discurso ideológico.

Com efeito, somente quando nos livrarmos dos velhos grilhões do positivismo, talvez nos encontremos aptos para, em um futuro próximo, desvendar o véu que recai sobre o *atraente* discurso de viés repressivo, trazendo à lume sua verdadeira face obscura e permeada por interesses econômicos e hegomônicos.

Infelizmente, e constantemente nos olvidamos disto, o direito atual, sedizente democrático, segundo HABERMAS:

*“é exercido com base em imagens muito concretas de como deva ser a sociedade. (...) os dois grandes paradigmas desse direito concretista são o modelo social e modelo liberal do direito. Esses modelos por demais concretos de organização social não só não encontram mais respaldo no funcionamento efetivo das sociedades como **não se coadunam com o processo cada vez mais intenso de pluralização das formas de vida, processo iniciado com a passagem para a modernidade e que tende a se aprofundar (...)**”<sup>11</sup>.*

A nosso ver, a transposição para o que hoje se denomina pós-modernidade não pode continuar marcada pela dicotomia reducionista *estado social x estado liberal*, devendo, pois,

---

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. in: *“Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso”*. Madrid: Editorial Trotta, 1998 *apud* NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. “Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas”. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 34

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

ser cada vez mais caracterizada pela discussão travada nos denominados espaços de luta formadores do *consenso*.

Não mais se admite, dentro de uma *sociedade do risco* ou de uma *sociedade líquida*, para lembrarmos a proposta de Ulrich BECK e Zygmunt BAUMAN, respectivamente, que as instâncias detentoras do poder simplesmente delimitem o que *deve ser* e de que forma deve o direito, como instrumento para a consecução desse fim, se amoldar a essa proposta.

Devemos, sim, deixar-nos guiar pela complexidade inerente a uma sociedade cada vez mais multifacetada e plural, onde o que já foi assaz diferente, já não é mais tão estranho assim, onde o que era tido como axioma, hoje não mais se sustenta, onde o novo avanço tecnológico, muitas vezes, representa um fator de altíssimo risco social, onde os processos de luta por emancipação social são constantes e palpantes.

Somente através do estímulo a esses mecanismos de lutas, viabilizadores da discussão democrática, é que alcançaremos o ideal de justiça e igualdade material visado por esse importante espaço de mediação e discussão que é o Direito.

### **Referências bibliográficas.**

AFONSO DA SILVA, Virgílio. “*Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*”. 2. ed. Malheiros. São Paulo. 2010.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. “*Manual de Direito Penal – Parte Geral*”. Saraiva. São Paulo. 2007.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; Direito Penal do Inimigo, **moções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

CANCIO MELIÁ, Manuel, SUÁREZ GONZALES, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. “*Fruta Prohibida: uma Aproximación Histórico-Teorética al Estudio del Derecho y del Estado*”. Madrid. Trotta, 1997.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª ed. Lumen Juris. Minas Gerais. 2009.

CONDE, Muñoz. Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

GEORGI, Raffaele de e LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

GIMBERNAT, J.A., “*La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*”, Madrid, Biblioteca Nueva. 1997.

GRECO, Luís, “*Introdução à dogmática funcionalista do delito*”, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 32 out – dez. 2000.

\_\_\_\_\_. “*Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*”. Renovar. Rio de Janeiro. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso. Madrid: Editorial Trotta, 1998. [Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Publicado originalmente em 1994].

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.

\_\_\_\_\_. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. CALLEGARI, André Luís, da versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo. RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal – Fundamentos y teoría de la imputación. Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. A tutela penal dos “novos” direitos à luz da teoria crítica dos direitos humanos: a genealogia de uma inversão ideológica. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 255-267, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

LUHMANN, Niklas e GEORGI, Raffaele de. *Teoría de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas*. Malheiros. São Paulo. 2010.

ROXIN, Claus, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Renovar: São Paulo. 2002.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Vol. I. 3ª Ed., Verlagsbuchhandlung München*: 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal – Parte General. Tomo I*. Civitas: Madrid. 1997.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o Mercado, os Seres Humanos e a natureza*, in *Revista de Estudos Criminais* (22). Porto Alegre: Notadez/PPGCCRIM PUC/RS, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003.