

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

JOSÉ ROBERTO BEKMANN DE OLIVEIRA JÚNIOR

**A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUA INCOMPATIBILIDADE
FRENTE ÀS GARANTIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

JOSÉ ROBERTO BEKMANN DE OLIVEIRA JÚNIOR

**A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUA INCOMPATIBILIDADE
FRENTE ÀS GARANTIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. ^o Dr. ^o Cláudio Rogério de Sousa Lira

Santa Rosa
2019

JOSÉ ROBERTO BEKMANN DE OLIVEIRA JÚNIOR

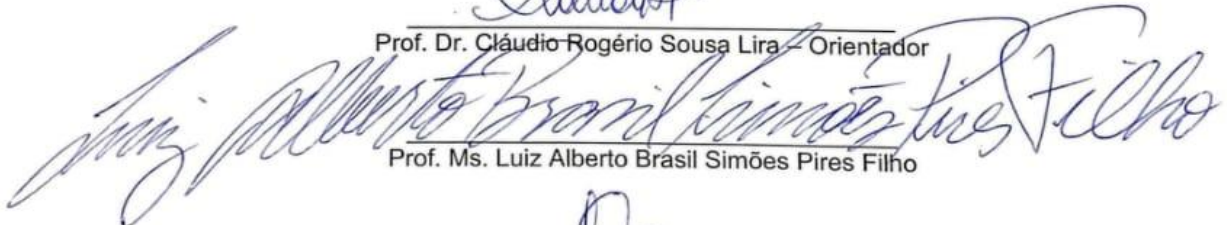
**A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUA INCOMPATIBILIDADE
FRENTE ÀS GARANTIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

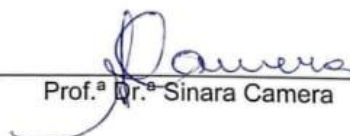
Banca Examinadora



Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho



Prof.ª Dr.ª Sinara Camera

Santa Rosa, 11 de dezembro de 2019.

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar dedico este trabalho ao nosso salvador, Jesus Cristo, o qual sempre me manteve em condições de lutar, tanto nos momentos bons, quanto nos momentos ruins. Agradeço aos meus pais pela vida e pelos ensinamentos que me trouxeram até aqui. Como gratidão especial, transmito meus eternos sentimentos a minha esposa Franciele e ao meu filho Gabriel, que por 5 anos, conviveram com minha abdicação do seio familiar e sempre me deram o combustível para eu não desistir dos meus sonhos. Minha família acima de tudo

AGRADECIMENTOS

Minha homenagem se direciona ao orientador desse trabalho, Doutor Lira, que com seu amplo conhecimento evidenciado nas aulas acadêmicas, fez-me despertar o interesse pelas ciências da Criminologia, da Política Criminal e do Direito Penal, bem como a concluir com êxito esta monografia. Professor que é um eterno aluno na seara do aprendizado. Sendo assim, não há um método lógico para mensurar tamanha gratidão pretendida. Obrigado por tudo Doutor.

“A persistência é o caminho do
êxito”.

(Charles Chaplin)

RESUMO

O tema desta monografia tem por objeto o estudo da Teoria do Direito Penal do inimigo, limitando-se tematicamente ao Estado Democrático de Direito. Diante da temática em comento, este trabalho pretende responder ao seguinte problema: de que maneira a teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito? Logo, O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar de que maneira a Teoria do Direito Penal do inimigo afronta as garantias penais estabelecidas no Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, com o fim de esclarecer o tema de maneira mais detalhada, o referido trabalho tem como objetivos específicos discorrer em relação à Criminologia, à Política Criminal e ao Direito Penal. Em seguida, será feito um estudo da Expansão do Direito Penal, suas velocidades e das Escolas Penais. Após isso, será estudada a terceira velocidade do Direito Penal, como sendo a teoria do Direito Penal do inimigo, o funcionalismo penal e as Teorias das Penas. Consequentemente, serão vistos os reflexos do Direito Penal do inimigo, as críticas ao Direito penal do inimigo e os princípios norteadores do Direito Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o tema se mostra de suma importância pois confronta temas sensíveis na seara do Direito Penal. A pesquisa se manteve na linha teórica, com ênfase na pesquisa bibliográfica, buscando na doutrina os conceitos e entendimentos que serão confrontados com a teoria supracitada. Assim sendo, os dados coletados foram tratados de forma qualitativa e descritiva analítica. No que tange ao método de interpretação dos dados, será utilizado o método hipotético-dedutivo. Por conseguinte, na esteira do contexto histórico do Direito Penal, será utilizado o método histórico para compreender a evolução do sistema penal ao longo do tempo. O trabalho será composto de três capítulos com três subtítulos cada um, sendo que o primeiro capítulo demonstrará um histórico do Direito Penal, o segundo capítulo versará sobre os precedentes filosóficos da teoria do Direito Penal do inimigo e o terceiro capítulo abordará o Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Ao final do trabalho, com base na doutrina e nos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, será demonstrado que a teoria do Direito Penal do inimigo é incompatível com os princípios do Estado de Direito.

Palavras-chave: Criminologia - Política Criminal - Direito Penal do Inimigo - Estado de Direito

ABSTRACT

The theme of this monograph aims to study the theory of criminal law of the enemy, thematically limited to the Democratic Rule of Law. Given the theme under discussion, this paper aims to answer the following problem: how is the theory of criminal law of the Enemy incompatible with the Democratic Rule of Law? Therefore, the present work has as its general objective to demonstrate how the enemy's criminal law term violates the criminal guarantees established in the democratic rule of law. In this aspect, in order to clarify the topic in more detail, this work has as its specific objectives to discuss in relation to Criminology, Criminal Policy and Criminal Law. Then, a study will be made of the expansion of criminal law, its speeds and the penal schools. After that, it will be studying the third speed of Criminal Law, as being the theory of the Criminal Law of the enemy, the penal functionalism and the Theories of the Penalties. Consequently, the reflections of the enemy's Criminal Law, the criticism of the enemy's Criminal Law and the guiding principles of Criminal Law within the Democratic Rule of Law will be seen. In this sense, the theme is extremely important because it confronts sensitive issues in the area of Criminal Law. The research remained in the theoretical line, with emphasis on bibliographic research, seeking in the doctrine the concepts and understandings that will be confronted with the above theory. Thus, the collected data were treated in a qualitative and descriptive analytical manner. Regarding the data interpretation method, the hypothetical-deductive method will be used. Therefore, in the wake of the historical context of criminal law, the historical method will be used to understand the evolution of the criminal system over time. The work will be composed of three chapters with three subtitles each. The first chapter will show a history of Criminal Law, the second chapter will deal with the philosophical precedents of the enemy's Criminal Law theory and the third chapter will address Criminal Law in the State. Democratic At the end of the paper, based on the doctrine and guiding principles of the democratic rule of law, it will be shown that the enemy's theory of criminal law is incompatible with the rule of law.

Keyword: Criminology - Criminal Policy - Criminal Law of the Enemy - Rule of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PENAL ..	14
1.1 CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO PENAL.....	23
1.2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E SUAS VELOCIDADES.....	27
1.3 ESCOLAS PENAIS	32
2 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS.....	38
2.1 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO	40
2.2 O FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS	47
2.3 TEORIAS DAS PENAS: TEORIAS ABSOLUTAS X TEORIAS RELATIVAS.....	53
3 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	57
3.1 REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	62
3.2 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	66
3.3 OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	73
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a Teoria do Direito Penal do inimigo idealizada pelo professor alemão Günther Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, na Alemanha. Seus trabalhos atinentes ao Direito Penal do inimigo tiveram origem em 1985 no Congresso dos penalistas alemães em Frankfurt e em 1999 no Congresso de Berlim. A análise da Teoria do Direito Penal do inimigo é feita em contrapartida aos princípios estabelecidos no Estado Democrático de Direito, os quais se mostram incompatíveis com a supracitada teoria.

Desta forma, em relação ao grande número de delitos que surgem hodiernamente, a sociedade encontra-se ameaçada por esses infortúnios. O clamor popular, muitas vezes, fez parte da elaboração de normas e interferiu em decisões judiciais. Por conseguinte, tornou-se necessário conter o avanço imoderado desses delitos, bem como frear esse avanço da criminalidade. Nesse sentido, Günther Jakobs, nos moldes do Direito Penal de Emergência, apresentou a sua Teoria do Direito Penal do inimigo, a qual se propõe a elucidar esses vetores criminológicos. Em vista desses fatores, apareceram inúmeros adeptos clamando por leis mais rígidas e segregadoras de direitos fundamentais. Nesse norte, o trabalho delimitou-se tematicamente em analisar a Teoria do Direito Penal do inimigo frente ao Estado Democrático de Direito.

A Teoria do Direito Penal do inimigo divide o Direito Penal clássico em dois polos distintos: Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. O Direito Penal do cidadão possui natureza de reação contra o delito, ou seja, a repressão do injusto e a manutenção da norma. Trata o delinquente como cidadão (pessoa), pois acredita que ele oferece uma garantia cognitiva de comportamento pessoal de acordo com a expectativa da norma. A pena é a contradição da norma.

O Direito Penal do inimigo assenta-se na premissa de que o inimigo abandonou o Direito, sendo que o inimigo não oferece garantia de comportamento pessoal, ou sequer, de acordo com o socialmente exigido. Cuida-se de combater a perigos, há declaração de guerra ao inimigo e tem a pena apenas como eliminação de perigo. Dessa distinção entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, os quais separam

os delinquentes entre cidadãos e inimigos, busca-se demonstrar a incompatibilidade da Teoria do Direito Penal do inimigo frente às garantias principiológicas do Estado Democrático de Direito.

O objetivo desse trabalho é demonstrar de que maneira a Teoria do Direito Penal do inimigo afronta os direitos penais estabelecidos no âmbito do Estado Democrático de Direito. Em suma, a proposta elaborada por Günther Jakobs evidencia claramente o Direito Penal do autor. Logo, sedimenta-se na preocupação com a pessoa do delinquente, sem ao menos focar na sua culpabilidade. Nesse contexto, suprime de maneira letal os direitos fundamentais, que foram tão arduamente conquistados em tempos sombrios, previstos no Estado de Direito.

Devida à complexidade de conservar os direitos penais e processuais mínimos no Estado Democrático de Direito, bem como dos efeitos trazidos pela globalização, torna-se necessário uma análise da Teoria do Direito Penal do inimigo frente ao atual cenário contemporâneo, como também suscitar críticas a essa teoria. Com base nesses efeitos, a pesquisa justifica-se pela análise da supracitada teoria dicotômica de Günther Jakobs e almeja atingir os juristas que se interessam na verdadeira Política Criminal sob a ótica do Estado de Direito.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se da pesquisa bibliográfica nas áreas do Direito, Filosofia e da Sociologia. Nesse contexto, detectou-se a necessidade da pesquisa bibliográfica no momento que se fez utilização dos materiais já elaborados acerca da Teoria do Direito Penal do inimigo, tais como: livros, artigos científicos, revistas, documentos eletrônicos, a fim de que pudessem angariar meios de sustentar a pretensa proposta. Assim sendo, trata-se de pesquisa exploratória, com a diretriz de dar maior familiaridade ao problema da pesquisa, ou seja, de que maneira a Teoria do Direito Penal do Inimigo afeta os princípios do Estado Democrático de Direito. Parte-se, como análise principal, acerca do autor alemão Günther Jakobs criador da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Não obstante, como caráter de refutar a teoria mencionada, partiremos do estudo de doutrinadores que refutam esse paradigma, como Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Luigi Ferrajoli, Juarez Cirino dos Santos, Jesús-María Silva

Sanchez e demais pesquisadores, como Cláudio Rogério Sousa Lira, empenhados em garantir os direitos conquistados tão duramente no decorrer dos tempos.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em três capítulos. No primeiro capítulo, mostra-se os aspectos históricos e contemporâneos do Direito Penal. Destaca-se, nesse capítulo, a importância da Criminologia e da Política Criminal como um sistema integrado para o desenvolvimento do Direito Penal. Parte-se, também, uma análise do autor Jesús-María Silva Sánchez, professor espanhol, criador da teoria da Expansão do Direito Penal, como também das velocidades do Direito Penal. Assim, posteriormente, viu-se a evolução das Escolas Penais, com enfoque nas que são mais difundidas pela doutrina, como a Escola Clássica, Escola Positiva e a Terceira Escola.

No segundo Capítulo, realiza-se um estudo acerca dos pressupostos filosóficos que apoiaram a Teoria do Direito Penal do inimigo, com atenção aos filósofos: Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes. Nesse viés, demonstra-se o Funcionalismo Penal de Jakobs lastreado nos estudos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Por conseguinte, cabe salientar a Teoria das Penas em uma maneira genérica, até chegar ao ponto adotado por Jakobs em sua teoria. Após a consolidação da base filosófica, do Funcionalismo Penal e dos discursos das Escolas Penais, apresenta-se a terceira velocidade do Direito Penal, denominada por Jakobs como o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do inimigo buscar separar o tradicional sistema penal em dois polos distintos: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. No Direito Penal do cidadão trata-se de manter o delinquente dentro do Direito. No Direito Penal do inimigo cabe declarar guerra àquele que se mostra permanentemente fora do Direito.

No terceiro e último capítulo, evidencia-se a situação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, como também os reflexos do Direito Penal do inimigo na sociedade moderna. Logo, serão citadas as críticas feitas ao Direito Penal do inimigo por aqueles penalistas que acham insustentável tal ideia. Em consequência disso, para consolidar o estudo em comento, será demonstrada a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo frente ao Estado Democrático de Direito.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PENAL

A história ensina que o Direito Penal foi o primeiro ramo do Direito a ser constituído face à convivência de indivíduos em grupos. Não há como precisar com exatidão a época de sua instituição. No entanto, reafirma-se sua criação nas regras para nortear a vida social do homem inculto. Na visão de Guilherme de Souza Nucci, o Direito Penal assume o papel de regulador da vida em sociedade, assim: “[...] desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição”. (NUCCI, 2019, p. 12).

Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha ensina que, “[...] embora o Direito Penal tenha sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos”. (CUNHA, 2018, p. 45). Cabe salientar que, nos tempos primitivos, o Direito Penal não se preocupava em prover a justiça e sim outorgar a vingança nas mais diversas formas, como as penas cruéis e desumanas. A vingança penal dividia-se em vingança divina, vingança privada e vingança pública.

No plano da vingança divina, enaltecido nas sociedades primitivas, o homem possuía uma visão reduzida de mundo. Acreditava em misticismos e eventos sobrenaturais. Quaisquer situações que traziam constrangimentos às populações da época, culpavam-se os deuses, pois compreendiam que os ventos, as chuvas e trovões eram represálias dos deuses pelo descumprimento de alguma regra divina. (NUCCI, 2019).

Assim, o desconhecimento imperava nessas épocas, pois as pessoas ignoravam os fenômenos da natureza. No entanto, atribuíam esses fatores às divindades, tanto quando eram beneficiados ou prejudicados. Logo, quando havia ofensa aos totens, o grupo se encarregava de efetuar a punição, pois temia uma retaliação por parte das divindades. (CUNHA, 2018).

Já na fase da vingança privada, quando do cometimento de crimes, a justiça era realizada pela própria vítima ou de pessoas da sociedade ligadas ao fato. Não havia regramento para estabelecer os devidos limites, deixando a compensação do dano aos ofendidos. Na maioria das vezes, essa prática de “vingança com as próprias

mãos” pautava-se pela desproporcionalidade da medida adotada, ou seja, além do castigo aplicado ao delinquente, essa penalidade passava para outros indivíduos ou até grupos próximos do ofensor. Em tom elucidativo, Cléber Masson corrobora acerca da vingança privada:

[...] Era uma vingança entre os grupos, eis que encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas sobretudo, ao grupo a que pertencia. O homem primitivo tinha forte laço com sua comunidade, uma vez que, fora dela, sentia-se desprotegido ante sua imaginação mágica. Fica nítida a inter-relação entre a vingança divina e a privada. (MASSON, 2019, p. 58-59).

Por conseguinte, na Babilônia, criou-se o Código de Hamurabi, sem, contudo, tirar o caráter de vingança privada. Tal código, destacou-se pela regra do Talião, esta, corroborada na proporcionalidade da punição à ofensa. Apesar de existir essa compatibilidade entre sanção e crime, não se afastaram desse cenário as penas cruéis, humilhantes e desumanas, como também se manteve a distinção entre homens livre e escravos, com pena superior para os últimos. (CUNHA, 2018).

Passadas as fases da vingança divina e da vingança privada, chega-se à fase da vingança pública, a qual tem por finalidade angariar meios de organização e de fortalecer o Estado. Portanto, a fase da vingança pública manteve a crueldade na aplicação de suas penas, às quais quando não atingiam o delinquente individualmente, alastravam-se aos seus descendentes. As mortes por decapitação ou forca eram frequentes em praças públicas, com o escopo de desencorajar o cometimento de delitos.

No período da Grécia Antiga pode-se constatar que não houve uma normatização do Direito Penal, pois o que existia nesse contexto eram apenas obras filosóficas. Face disso, o Direito Penal grego passou pelas fases da vingança privada, da vingança religiosa para se consolidar em um período político, lastreado por ideais morais e civis.

Os romanos também passaram pelas fases da vingança penal, isto é, ultrapassaram a privada, divina, até o estabelecimento da pública. Nessa toada, houve separação dos delitos em públicos e privados. Nos delitos públicos (*crimina publica*), apresentavam-se às supressões de direitos coletivos, sendo que eram punidos com

penas públicas. Cita Cunha que os delitos públicos eram “[...] punidos pelo *jus publicum* com penas públicas”. (CUNHA, 2018, p. 45) .

No que concerne aos delitos privados (*delicta privata*), enaltece o papel da lesão aos interesses particulares, que na visão da punibilidade caberia penas privadas, pois não afetava uma coletividade. Assim, para Cunha, “os delitos privados (*delicta privata*), lesando somente interesses particulares (ex: patrimônio), punidos pelo *jus civile* com penas privadas”. (CUNHA, 2018, p. 47).

Apesar dessa dicotomia entre delitos privados e delitos públicos nos primórdios de Roma, constata-se que havia um predomínio de um Direito Privado, o qual o *Pater Familias* (chefe da família) compreendia uma gama excessiva de poderes sobre sua família e escravos. Dessa liberalidade em punir, as pessoas submetiam-se às penas degradantes e impostas pelos imperadores, bem como pelo *coercitio*, uma classe de magistrado. Para Nucci:

O Direito Romano, dividido em períodos, contou, de início, com a prevalência do poder absoluto do chefe de família (*pater familias*), aplicando as sanções que bem entendesse ao seu grupo. Na fase do reinado, vigorou o caráter sagrado da pena, firmando-se o estágio da vingança pública. No período republicano, perdeu a pena o seu caráter de expedição, pois separou-se o Estado e o culto, prevalecendo, então, o talião e a composição. Havia para tanto, a possibilidade de se entregar um escravo para padecer a pena no lugar do infrator, desde que houvesse a concordância da vítima – o que não deixava de ser uma composição. (NUCCI, 2019, p. 12-13).

Com essa mudança na República, as penas foram decididas pelo clamor popular feito em praças públicas, tirando da mão dos imperadores as penas impostas secretamente. Mais adiante, findou-se a República e se criaram novas leis penais denominadas *Leges Corneliae* e a *Leges Juliae*. A partir dessa transformação na imposição da justiça findou-se a vingança privada em Roma. O Estado preocupou-se na realização dos julgamentos penais, tirando a decisão da população. As penas aplicadas em praças públicas deram lugar aos tribunais liderados por magistrados. A pena capital deixou de existir e os delitos deveriam estar previstos antes de existir a aplicabilidade de uma sanção. Sendo assim, nesse período, surgiu o princípio da reserva legal.

No império de Augusto, século III d.C., ocorreram novas alterações no cenário do Direito Penal Romano com a troca da acusação privada pela acusação formal

estatal, conceituada como um processo extraordinário. A acusação provinha do Senado e por funcionários imperiais, com grande discricionariedade para a apreciação e aplicação de sanções. (CUNHA, 2018). O período supracitado ficou marcado pelo aparecimento da figura dos crimes extraordinários, crimes que se diferenciavam dos demais delitos, como também eram criados em situações específicas, destoando do preceito da reserva legal. Como se esses fatores não bastassem, reaparece as penas capitais, as quais já não se via até o comando do imperador Adriano (117-138 d.C.). Nasce nesse período a diferença entre culpa e dolo.

Considerado pela doutrina um Direito Penal de Transição, essa norma trouxe a ideia da responsabilização do delinquente, quando do cometimento de crimes que afetassem toda a coletividade, com a supressão do direito à vida. Cunha explica o advento do Direito Penal Germânico da seguinte forma:

Trazia como pena mais grave a ***Friedlosigkeit***, extremamente peculiar e não mais vista em outros ordenamentos, em razão da qual o delinquente, quando sua infração ofendia os interesses da comunidade, perdia seu direito fundamental à vida, podendo qualquer cidadão o matar. Quando a infração atingia apenas uma pessoa ou família, o direito penal germânico fomentava o restabelecimento da paz social por via da reparação, admitindo, também a vingança de sangue (*faida*). (CUNHA, 2018, p. 48).

Apresenta-se como um Direito Penal rígido, com liames doutrinários e retrógrados conforme já citado em períodos pretéritos. No entanto, houve um choque entre os institutos jurídicos-penais romanos e germânicos, pois o primeiro instituto veio com potência modificadora dos pressupostos romanos. Já no instituto romano, apesar de mais evoluído, sentiu-se ameaçado pelo direito germânico face à sua extensão do direito dos vitoriosos. Por conseguinte, após essas invasões, o Direito Penal Germânico empoderou o Estado, evidenciando a substituição da vingança privada (*faida*) pela autoridade do Juiz-Soberano, o qual se encarregava de conduzir os trabalhos atinentes à responsabilidade do ofendido.

Ultrapassadas as fases anteriores, nota-se que, apesar de avanços ocorridos na maneira de analisar a pena, deduz-se que no período do Direito Penal na Idade Média houve um retrocesso à aplicabilidade do castigo privado. Aos moldes do que acontecia em períodos pretéritos, o Direito Privado ressurgiu com caráter amedrontador, isto é, a pena capital se torna paradigma para aqueles que cometem

delitos. Cunha assevera que “a composição é possível, mas pode gerar a pena capital se o infrator não consegue indenizar a vítima”. (CUNHA, 2018, p. 48).

Em virtude desse anacronismo citado acima, remonta-se aos ideais do Direito Germânico primitivo, que se decompõe em fases: a época germânica e a época franca. Com a necessidade de que as penas se tornassem de viés público, ocorreu a interferência dos reis na fixação das penas. Além disso, abriu a possibilidade da composição dos danos civis, como também o poder dos reis em aplicar a pena pública. (MASSON, 2019).

Desse contexto fático, as penas passaram a ser públicas no período da Dinastia Carolíngia (751-911 d.C.), momento que se evidenciaram as Leis Capitulares de Carlos Magno (768-814 d.C.). Inaugura-se, após a queda do Império Romano, as penas públicas com caráter desumanas, como as penas capitais, torturas, mutilações e outras espécies que castigam os delinquentes, tornando-os inimigos públicos. Vê-se um distanciamento dos pressupostos penais do Direito Penal Romano. (CUNHA, 2018).

No que pese ao Direito Canônico, insculpido pela Igreja Católica Apostólica Romana, por volta de 1140, é a primeira instituição normativa consolidada por “Decreto de Graciano”. Por conseguinte, Cunha atento a esse período vai dizer que “o Direito Canônico, a teologia e a teocracia surgiram com o Cristianismo e a partir de então exerceram grande influência na fixação das penas e na visão do criminoso”. (CUNHA, 2018, p. 49). Por isso, ainda na época de Constantino (313 d.C.), no Império Romano, o Cristianismo torna-se religião exclusiva do Estado, acarretando o empoderamento do Direito Canônico. Nesse aspecto, a única e exclusiva punição que havia era a punição divina. (CUNHA, 2018).

Como uma vertente dessa punição divina, a pena tinha como escopo o arrependimento do infrator, porém com reflexos na seara divina, ou seja, a pena era aplicada pelo maior ou menor pecado em desrespeito a Deus. No entanto, o Direito Canônico pautou-se pelo livre arbítrio do homem. Assim sendo, na visão de Santo Agostinho, o homem não dispõe de total liberdade, pois traz em seu bojo o pecado enraizado. Porém, em épocas posteriores, Santo Tomás de Aquino (1225-1274) clarificou a ideia de que o homem é livre em sua plenitude. (CUNHA, 2018).

O Direito Penal Canônico vislumbrou-se em retomar os ideais da igualdade entre os homens, as mesmas postas no Direito Romano. Nesse norte, ressurgem as penas públicas em contrapartida às penas privadas do Direito Germânico. A Idade Média foi marcada pela confusão entre a Religião e o Estado. Os poderes de punição eram destacados a alguns religiosos, que por seus conhecimentos e teorias religiosas, decidiam se havia ou não a prática de crimes. Logo, Cunha marcha para o mesmo sentido do que ora se expôs ao defender que:

A Idade Média foi marcada pela forma de inquérito comandada pelos bispos, que visitavam os povoados e, por meio de questionamentos a determinadas pessoas, chegavam à conclusão de ter ou não ocorrido o crime (*inquisitivo generalis*) e de quem o teria praticado (*inquisitivo specialis*), com a posterior possibilidade de confissão do acusado (CUNHA, 2018, p. 50).

Tais métodos de inquirição dominaram grande parte da Idade Média, sendo somente dissolvidos a partir do século XII, com o papel do soberano. Diante disso, a inquirição foi direcionada ao Estado e suprimida dos eclesiásticos. Não se pode inferir que os tribunais eclesiásticos aplicavam as sanções. Eles entregavam os delinquentes a tribunais seculares, os quais se utilizavam de técnicas de tortura durante o período inquisitório.

O Período Humanitário caracteriza-se pela influência dos ideais iluministas. Desses ideais, a obra, que elevou o Direito Penal a patamar civilizatório, foi de Hugo Grotius, *De Iuri Belli ac pacis*, de 1625, fundamentada na racionalidade. (CUNHA, 2018). Para os jusnaturalistas, a pena correspondia não como uma retribuição e sim como uma finalidade para a sociedade em geral. Nesse contexto, Rogério Greco leciona que:

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora, necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição. (GRECO, 2017, p. 55).

Diante desses fatores, havia nítida rejeição ao absolutismo imoderado que reinava nesse período. Parte-se do pressuposto que em meados do século XVIII, com os estudos de Montesquieu, mais exatamente nas obras *Letras Persanas (1721)* e *L'*

Esprit des Lois (1748). Nestas obras citadas, Montesquieu faz rigorosas críticas ao Direito Penal vigente. O autor pregava a reforma do aparato estatal, com ênfase na divisão dos poderes. Sendo assim, entendia que o Estado deveria ser dividido por funções, isto é, um Judiciário independente do Legislativo e do Executivo. Tais suposições se mantêm presentes até os dias atuais, servindo de modelo para a grande maioria dos Estados. (CUNHA, 2018).

Em consequência das obras suscitadas, para o mencionado autor, o Estado seria o responsável pela instituição das penas aos delinquentes. O legislador caberia a atenção à prevenção dos delitos. O não cumprimento das normas é requisito da impunidade e não da aplicação da sanção. Partiu-se dessa sistemática os princípios da proporcionalidade das penas, da razoabilidade e da reserva legal, prevenindo nas normas os delitos. Adiante, o italiano Cesare de Bonessana, conhecido por Marquês de Beccaria, cria a obra *Dei deliti e delle pene*, a qual dá um novo contorno ao Direito Penal existente. (CUNHA, 2018).

Nessa obra, segundo Cunha, “Beccaria traz a previsão da prisão preventiva para alguns casos, combate à tortura como forma de produção probatória e defende a publicidade das acusações”. (CUNHA, 2018, p. 51). Nota-se a doutrina de Greco enfatizando a importância do “pequeno grande livro” de Cesare Beccaria:

O ano de 1764 foi singular para a história do Direito Penal. Naquele ano, veio a público um livro revolucionário, que traduzia as ideias defendidas pelos mais entusiasmados iluministas de seu tempo. Esse “pequeno grande livro”, que recebeu o título de *Dos delitos e das penas*, foi concebido por um Marquês, um homem que, embora gozasse das regalias que sua condição lhe proporcionava, não virava as costas para os acontecimentos sociais de seu tempo. Um homem que, preocupado com a dignidade do ser humano, não ficou inerte ante o sofrimento infligido aos cidadãos pelo próprio Estado opressor. (GRECO, 2017, p. 55).

Assim sendo, há nítida evolução na dogmática do Direito Penal, pois a pena para Beccaria tinha o condão de inibir que o delincente cometesse novos delitos, bem como prevenia outras pessoas a errar no mesmo sentido. Nesse condão, Beccaria via na pena somente o caráter intimidatório, o que propiciou a aceitação de suas ideias e o estabelecimento da Escola Clássica. Nucci apregoa que:

Contrário à pena de morte e às penas e às penas cruéis, pregou Bonessana, Marquês de Beccaria, o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado a sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal,

até porque se contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando-se que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tais como postas. (NUCCI, 2019, p. 13-14).

Não restam dúvidas de que os ideais iluministas (humanistas) contribuíram de maneira decisiva para a evolução do Direito Penal. Constata-se que, em meados do século XVIII, a Europa passou por grandes transformações no sistema legislativo. Como exemplo, pode-se destacar: na Rússia, quando Catarina II, modifica a legislação penal em 1767. Em Toscana, por Leopoldo II, em 1786, extinguindo a pena de morte e a tortura. Na Áustria, com José II e na Prússia, com Frederico, o Grande. (CUNHA, 2018, p. 51).

Já no plano nacional, quando os portugueses colonizaram o Brasil, já havia tribos indígenas que viviam em nosso solo. Tal sistemática de vida era regulada pelos costumes indígenas, esses com notórios resíduos da vingança privada, da vingança coletiva e do talião. Partindo de uma análise normativa, Pierangelli ensina que “dado seu primarismo, as práticas das tribos selvagens que habitavam o nosso país em nenhum momento influíram na nossa legislação”. (PIERANGELLI, 1980, p. 06).

O marco do Direito Penal no Brasil, a partir de 1500, período do Descobrimento do Brasil, tem como modelo as Ordenações Afonsinas oriundas do regime jurídico português. Tinha cunho religioso e era característico do Direito Romano. Logo, em 1514 foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, as quais mantiveram os mesmos preceitos jurídicos das normas anteriores. Posteriormente, as Ordenações Manuelinas deram lugar ao Código Sebastião (Código de D. Sebastião). Este, fez uma conexão de todo o ordenamento jurídico existente, dando uma ideia de organização e de fácil absorção de todo o conteúdo normativo. Ainda Masson, traz à tona uma explanação categórica das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas:

1) Ordenações Afonsinas: Promulgadas em 1446, por D. Afonso V, vigoraram até 1514, e apresentavam conteúdo do Direito Romano de Justiano e do Direito Canônico. Tinham como traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como a da legalidade e da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quando da fixação da pena. A prisão tinha caráter preventivo. Mantinha-se o delinquentes preso para evitar sua fuga até ser julgado, ou para obriga-lo ao pagamento da pena pecuniária. **2) Ordenações Manuelinas:** editadas em 1514, por dom Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciavam das Ordenações Afonsinas, em que as penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda à fase da vingança pública. Como no território pátrio existiam as denominadas capitânias

hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários. **3) Ordenações Filipinas:** datadas de 1603, em razão de medida do Rei Filipe II, subsistiram até o ano de 1830. Mantiveram as características das Ordenações anteriores (penas cruéis e desproporcionais, arbitrariedades dos julgadores, inexistência do princípio da legalidade e da defesa etc.). (MASSON, 2019, p. 67-68).

As Ordenações Filipinas mantiveram-se acessas por mais de duzentos anos, com início nos primórdios do século XVII. Nomeado como código Filipino, lastreou-se pelo seu conteúdo religioso. Nesse ínterim, o Direito era confundido com os dogmas religiosos e com a própria moralidade. As penas aplicadas tinham o caráter de impor o castigo sem limites. (MASSON, 2019).

Com o advento da Proclamação da Independência, em 07 de setembro de 1822, e com a promulgação da Constituição de 1824, sancionou-se o Código Criminal do Império em 16 de dezembro de 1830. Esse código, trouxe a humanização ao Direito Penal, individualizou a pena e colocou os menores em patamar diferenciado em relação aos infratores adultos. Não se extinguiu em sua plenitude o instituto da pena de morte, porém se restringiu somente aos escravos. E como se isso não bastasse, manteve a confusão pretérita entre Estado e Religião, ou seja, punia-se aquele que transgredia à crença oficial do Estado. (CUNHA, 2018).

Em 1890, ocorreu a Proclamação da República. Em razão desse acontecimento histórico, foi criado o Código Criminal da República em 11 de outubro de 1890, que segundo os alicerces já dispostos no Código Criminal do Império, respeitou aquilo que já estava consolidado em seu texto. No entanto, permitiam-se penas de banimento com efeitos temporários, a supressão de direitos individuais e instalou o regime penitenciário. Nota-se que o Direito Penal brasileiro passou por diversas transformações. Assim, segundo Cunha, “diante do aparecimento de inúmeras leis modificadoras e extravagantes, surge a necessidade de compilar as normas penais [...]”. (CUNHA, 2018, p. 58). Atento a essa necessidade de codificação, o Desembargador Vicente Piragibe, em 1932, assinalou a Consolidação de Piragibe, isto é, compilou todas as leis penais em um só código.

Em 1942, a partir do Decreto nº 2.848 de 1940, entrou em vigor o Código Penal, vigente até os dias atuais. Norteou-se pelos princípios das escolas Clássicas e Positiva, com precedentes teóricos nos diplomas penais italiano e suíços, todos de

caráter liberal. Nesse sentido, Noronha acentua que “[...] é o código obra harmônica: soube valer-se das mais modernas ideias doutrinárias e aproveitar o que de aconselhável indicavam as legislações dos últimos anos”. (NORONHA, 1978, p. 10). Já no ano de 1984, houve reformulações no Código Penal, tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial. Todavia, a alteração que mais ganhou destaque foi a criação da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210 de 1984, determinando as formas do cumprimento de sentença.

Portanto, há a necessidade de o Direito Penal acompanhar o avanço da sociedade, pois o Direito é dinâmico e não estático. É evidente a evolução que o Direito Penal passou. As penas deixaram de serem desumanas e obtiveram um caráter limitado, não ultrapassando a finalidade corretiva da sanção. Há muito que se melhorar no instituto do Direito Penal, uma vez que não se pode enfatizar que penas cruéis não existem mais em ordenamentos pátrios e que tudo são flores. O que precisa ser analisado são os erros pretéritos que dominaram grande parte dos tempos, com o intuito de não os repetir no futuro.

1.1 CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO PENAL

A Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal são ciências que estão interligadas. Hodiernamente, há confusão na diferenciação de suas finalidades, o que não as torna dispensáveis. Nesse sentido, Eduardo Fontes e Henrique Hofmann compreendem que:

Criminologia, Direito Penal e Política Criminal são ciências que estão intimamente ligadas, apesar de possuírem diferentes escopos de atuação. Em virtude dessa estreita relação, é muito comum que as pessoas confundam seus conceitos, ou ainda, que pensem tratar-se de uma única ciência. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 39).

Essa confusão que há na distinção das ciências supracitadas é consequência da proximidade de suas nomenclaturas. Por derradeiro, é de suma importância, para a compreensão desses conceitos, o estudo detalhado de cada uma dessas Ciências Criminais. No contexto da Criminologia, pode-se destacar que consiste na investigação dos fenômenos da criminalidade. Atua por meio do método experimental, ou seja, analisa o fato segundo a realidade que se encontra. A Criminologia tem sua

origem no ano de 1883, por Paul Topinard. Logo, foi disseminado ao mundo em 1885, por Raffaele Garofalo, na obra *Criminologia*.

Nesse sentido, conceitua-se a Criminologia nas palavras de Eduardo Fontes e Henrique Hoffmann: “a palavra criminologia tem origem etimológica híbrida, pois une um elemento oriundo da língua latina, *crimino*, que significa crime, e outro da língua grega, *logos*, que quer dizer estudo”. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 25). A Criminologia é ciência autônoma, empírica e interdisciplinar, pois busca em outras áreas do conhecimento, como Sociologia, Psicologia, Filosofia, Medicina e Direito, o estudo do crime, do criminoso, da vítima e do comportamento social. Nesse viés, os mesmos autores sintetizam da seguinte forma:

A criminologia é considerada uma ciência interdisciplinar, pois soma o conhecimento de várias ciências. É importante destacar que a interdisciplinaridade não se confunde com multidisciplinaridade. A visão interdisciplinar é mais profunda que a multidisciplinar. Na interdisciplinaridade, os saberes parciais se integram e cooperam entre si. De outro lado, na multidisciplinaridade as distintas visões sobre um determinado problema são tratadas de maneira compartimentada, ou seja, cada uma delas oferece a sua própria visão sem que necessariamente levar em consideração a posição das demais. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 25).

Parte-se da premissa de que cada uma das Ciências Criminais são vetores coexistentes. Por conseguinte, corrobora-se que a Criminologia não se restringe aos problemas individuais e sim ao aspecto social. Em vista desses fatores conceituais, a Criminologia é uma ciência lógica e não regrada. Utiliza-se métodos biológicos e sociológicos. No que concerne às funções da Criminologia, assevera-se que ela busca unificar conhecimentos acerca do crime, do criminoso, da vítima e do controle social, a fim de compreender o fato do crime. Dessa busca de conhecimento, pode-se afirmar que o intuito da referida ciência é a prevenção e a repressão com eficiência. Logo, a Criminologia fornece à Política Criminal um relatório atinente ao injusto e ao criminoso. Nesse norte, são precisas as conclusões dos ilustres professores Fontes e Hoffmann:

Essa ciência se presta a fornecer um diagnóstico sobre o direito e permitir a atuação sobre o homem criminoso. Não se trata de um estudo causalista com leis universais exatas, ou tampouco mera fonte de dados ou estatística. Cuida-se de ciência prática que tem a missão de resolver problemas concretos. Daí o papel da criminologia de controle e prevenção do fenômeno criminal. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 27).

Face disso, a Criminologia orienta os procedimentos da Política Criminal, tanto na prevenção dos delitos, quanto na análise de condutas contrárias que não tiveram solução. Portanto, as funções propriamente ditas da Criminologia são a compreensão do fenômeno criminal, a intervenção no delinquente e a valoração das respostas ao fenômeno criminal. Os métodos que a Criminologia se baseia para alavancar seus estudos são oriundos dos estudos realizados na Escola Positiva. Esta, utilizava-se do método científico que se lastreou nas pesquisas de Cesare Lombroso, médico italiano, que se destacou com a edição da obra “O Homem Delinquente”, considerada pela doutrina majoritária como o marco da Criminologia.

Como já foi citado anteriormente, cabe esclarecer que a Criminologia analisa os fatos criminosos de acordo com o método experimental, ou seja, mensura seus pressupostos a partir da experiência. No contexto do que foi citado, Fontes e Hoffmann corroboram no mesmo sentido de que:

Logo, a criminologia investiga as causas do fenômeno da criminalidade segundo o método experimental, isto é, analisando o mundo do ser. Aborda de maneira científica os fatores que podem levar o homem a delinquir. Empirismo (que não é achismo), é calcado no tripé análise-observação-indução. O método experimental traduz um processo científico que consiste em construir uma hipótese com apoio na observação de fatos, pondo-os à prova por meio de um artefato experimental construído para esse fim. Portanto, o método experimental é um método empírico, de observação, mas nem todo método empírico é experimental. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 30).

Sendo assim, é evidente que a Criminologia se pauta pela análise da realidade de um fato específico para um genérico. A especificidade é tratada quando se observa o método experimental, ou seja, analisa-se o caso concreto de um determinado fato, com o escopo de nortear a generalidade. No plano do objeto da Criminologia, mostra-se que, atualmente, o comprometimento com o delito, com o delinquente, com a vítima e com o controle social.

Por conseguinte, em consequência dos diagnósticos apresentados pela Criminologia, sobrevém a necessidade de argumentar sobre a Política Criminal. Sendo assim, a Política Criminal conceitua-se como um elo entre a Criminologia e o Direito Penal, isto é, objetiva propor medidas de reforma do Direito Penal com os resultados apresentados pela Criminologia. Dessa premissa conceitual, são precisas as lições de Fontes e Hoffmann:

A Política Criminal tem por objetivo criar estratégias concretas de controle da criminalidade, a fim de manter seus índices em níveis toleráveis. Toma como base o fundamento científico fornecido pela criminologia, e por meio de juízo de valor busca criticar e apresentar propostas para a reforma do Direito Penal. Nesse sentido, representa uma ponte entre a criminologia e o Direito Penal. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 39).

A Política Criminal norteia diretrizes e tem por finalidade controlar o avanço da criminalidade. Como salientado, analisa o crime em sua valoração (como deve ser), enquanto a Criminologia analisa pormenorizadamente o crime, o criminoso, a vítima e o comportamento social, numa perspectiva experimental, ou seja, de ciência empírica (o que é). Para Christiano Gonzaga:

A Política Criminal é como se fosse um filtro das inúmeras soluções apresentadas pela Criminologia, de forma a escolher aquelas que sejam as mais viáveis em dado momento histórico e implementá-las legalmente, no combate à criminalidade. É a consubstanciação das experiências alcançadas pela Criminologia, ou seja, transformar pensamentos em realidades, escolhendo aquelas que sejam mais adequadas para aquele tipo de sociedade, permitindo-se; a transformação social. Por meio da Política Criminal, os legisladores escolhem as soluções ofertadas pelos criminólogos e votam as leis penais, criando-se a regra social a ser seguida por todos, com o famoso efeito *erga omnes*. (GONZAGA, 2018, p. 32).

Em síntese, a criação de leis, que almejam estipular novos delitos, deve passar pelo crivo da Política Criminal. Portanto, sustenta-se que as consolidações trazidas pela Criminologia são de suma importância para que os legisladores possam atuar no fenômeno da criminalização. Em seguida, o Direito Penal considera a sistematização da Criminologia com a Política Criminal, como sendo a responsável pela inovação no cenário legal.

Nesse panorama conceitual, tem-se o Direito Penal como o ramo do Direito responsável pela manutenção da paz social. Com isso, o Direito Penal, na visão de Noronha, pode ser conceituado como “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”. (NORONHA, 1978, p. 12). No que tange ao plano jurídico, o Direito Penal corresponde ao aglomerado de normativas penais que norteiam o agir do Estado quando no exercício de seu poder sancionador. Entende-se como o conjunto de princípios e regras que são responsáveis pelo combate dos crimes e das contravenções penais. Segundo Aníbal Bruno:

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada. (BRUNO, 1967, p. 11-12).

Após a realização do conceito de Direito Penal, é de suma importância esclarecer a finalidade do Direito Penal. Nesse contexto, sabe-se que a finalidade principal do Direito Penal é a garantia dos bens jurídicos fundamentais. Segundo Prado, “[...] o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. (PRADO, 2015, p. 47). O referido diploma, seleciona, de maneira categórica, os comportamentos mais perniciosos e agressivos à coletividade. Em consequência disso, estabelece as devidas sanções penais, as quais tem por escopo a manutenção da paz social.

Por oportuno, mostra-se clarificado a distinção entre a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal. Logo, são as bases de fixação das ciências penais, indispensáveis ao fiel entendimento dos fatos criminais. Contudo, é elementar a participação da Criminologia e da Política Criminal para fins da escolha dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Essa base de estudo entre Criminologia e Política Criminal dominam o processo de atuação do Direito Penal, orientando legisladores, doutrina e operadores do Direito na criação das leis penais. Esse processo contínuo de evolução pode ser lido a partir de interpretações de que há uma expansão do Direito Penal. Nesse aspecto, destacam-se os ensinamentos de Silva Sánchez e Günther Jakobs, importantes estudiosos do tema.

1.2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E SUAS VELOCIDADES

Na visão de Jesús-María da Silva Sánchez, criador da teoria da Expansão do Direito Penal, não se pode olvidar que tal nomenclatura traz em seu bojo a nova roupagem pela qual o Direito Penal vem apresentando. O autor em comento trata da Expansão do Direito Penal com as possíveis causas que justificam sua teoria. Dessas causas, pode-se citar, sem intuito de esgotar a matéria: os novos interesses, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social

de insegurança e o descrédito de outras instâncias de proteção. Como novos interesses, atenta-se para a precisa explicação de Sánchez:

As causas da provável existência de novos bens jurídicos-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência -, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. (SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

No plano da objetividade, fica difícil identificar quais serão os bens jurídicos protegidos pela norma penal. É salutar, segundo Sánchez, que “[...] o que não significa, em absoluto, que se possa afirmar, de momento, a existência de um consenso total sobre quais devem ser protegidos penalmente e em que medida”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 28). Dessa complexidade em identificar quais os bens se enquadram na proteção jurídico-penal, o professor Cláudio Rogério Sousa Lira é objetivo ao esclarecer que:

Todavia, considerando que a sociedade pós-moderna é marcada por características distintas, como pluri-identidade, multiculturalidade, globalidade, dentre outras, a tarefa do legislador em normatizar condutas penais não é simples, dada a complexidade das relações indivíduo-indivíduo e indivíduo-Estado, além de fenômenos econômicos, ambientais, da virtualização das fronteiras territoriais e da relativização da soberania do Estado. (LIRA, 2015, p. 75).

Esses interesses trazidos anteriormente são ligados ao aparecimento de novos riscos. Tais riscos, são resultantes do modelo pós-industrial, o qual se orienta nos estudos de Ulrich Beck, quando da elaboração da teoria das “sociedades de risco”. Os avanços tecnológicos e os efeitos da globalização são fatores decisivos para a concreção das sociedades de risco. Sánchez explica que a sociedade atual está ligada diretamente às novas tecnologias e à procura de capital econômico imoderado. Orienta, também, que os avanços da tecnologia possuem caráter tanto negativo, como positivo. (SÁNCHEZ, 2002).

No que concerne ao ponto positivo, liga-se à ideia da facilitação que as novas invenções trazem ao seio social. Como ponto negativo, surge a marginalização daqueles que não conseguem adquirir os produtos ofertados pelo capitalismo, pois a

insuficiência de recursos, acelera a busca de meios alternativos de aquisição. Nessa toada, Sánchez compreende que “[...] a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fontes de riscos pessoais e patrimoniais”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 29). Portanto, o avanço tecnológico caminha lado a lado com o aumento dos crimes. Na visão esclarecedora de Sánchez:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada *ciberdelinquência*), é seguramente, o maior exemplo de tal evolução. (SÁNCHEZ, 2002, p. 29).

Com efeito, é evidente que o progresso técnico e os delitos são responsáveis pelo surgimento de uma estrutura criminosa organizada, a qual constitui um modelo de riscos às sociedades. Outro fator que contribui para a expansão do Direito Penal é a institucionalização da insegurança. Cumulado com os novos interesses e com os novos riscos, essa insegurança institui-se de maneira decisiva. Nesse aspecto, Sánchez descreve que com o advento da sociedade pós-industrial e da “sociedade de risco” instaurou-se uma sociedade insegura. (SÁNCHEZ, 2002).

Vive-se em uma sociedade dominada pelo medo, a qual se destaca pelos discursos de ódio. No entanto, a fim de que supra os anseios da sociedade em sanar tais empecilhos sociais, esses discursos surgem para acalmar a sociedade em geral. Indo ao encontro do que foi sedimentado nesse trabalho, Sánchez assevera que “[...] nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo)”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 33).

Nesse sentido, o Direito Penal perde a sua finalidade elementar, que é ser aplicado como *ultima ratio* e não como *prima ratio*. Apresentadas as causas da expansão do Direito Penal, é de suma importância apresentar as velocidades do Direito Penal. Segundo Jesús-María Silva Sánchez, o Direito Penal apresenta-se em duas velocidades:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão

apenas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras que poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. (SÁNCHEZ, 2002, p. 148)

Em virtude dessa classificação exposta por Jesús-María Silva Sánchez, pode-se concluir que o Direito Penal de primeira velocidade é caracterizado pela manutenção dos direitos e garantias fundamentais. Baseia-se nos preceitos do Direito Penal clássico, isto é, lastreado pelas penas privativas de liberdade e pelo contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, a segunda velocidade do Direito Penal, mais recente, apresenta-se como uma flexibilização de temas penais e processuais, sendo que tal maleabilidade corresponde a uma alternativa às penas privativas de liberdade para uma pena de menor lesividade ao delincente. Aplica-se aos criminosos que cometem delitos não habituais, ou seja, crimes fiscais, tributários e ambientais. A esses crimes se aplicam penas pecuniárias ou restritivas de direitos, possibilitando uma flexibilidade das regras e princípios clássicos. (SÁNCHEZ, 2002).

No que concerne à terceira velocidade do Direito Penal, difundida pelo alemão Günther Jakobs, compreende uma clara combinação das primeira e segunda velocidades do Direito Penal. Com didática o professor Lira entende que “a terceira velocidade surge da união das primeira e segunda velocidades”. (LIRA, 2015, p. 94). Sánchez enuncia que a terceira velocidade do Direito Penal é compreendida como:

Porém, em todo caso convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação (SÁNCHEZ, 2002, p. 150).

Nota-se que a terceira velocidade do Direito Penal, segundo seu idealizador, versa sobre a combinação da imposição de penas de privação de liberdades com a relativização dos preceitos políticos-criminais, como as garantias processuais clássicas, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, ônus da prova ao acusador, ampla defesa e contraditório etc. No plano dessa contextualização acerca das Velocidades do Direito Penal, nota-se que está se afastando da cultura de um Direito Penal Clássico para adentrarmos em um Direito Penal Moderno.

Ainda, cabe ressaltar que há uma quarta velocidade do Direito Penal, esta criada pelo argentino Daniel Pastor. Essa quarta velocidade, também denominada de Neopunitivismo, faz alusão ao Direito Internacional. Logo, aplica-se àqueles que foram “Chefes de Estados” ou ocuparam posições semelhantes. Ademais, tal velocidade destina-se a punir os que violaram tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, sua responsabilização será analisada pelo Tribunal Penal Internacional. Na esteira de esclarecer a quarta velocidade do Direito Penal, Masson cita que:

O neopunitivismo relaciona-se ao Direito Penal Internacional, caracterizado pelo alto nível de incidência política e pela seletividade (escolha dos criminosos e do tratamento dispensado), com elevado desrespeito às regras básicas do poder punitivo, exemplo dos princípios da reserva legal, do juiz natural e da irretroatividade da lei penal. No conflito entre países, os vencedores são os julgadores dos Estados derrotados, como aconteceu nos tribunais internacionais *ad hoc para Ruanda e para a antiga Iugoslávia*. (MASSON, 2019, p. 94).

Desse escopo do Neopunitivismo, entende-se como um movimento que se busca aumentar o caráter punitivo do Estado, como também ser mais arbitrário e devastador do que o Direito Penal do Inimigo. Logo, classifica-se como uma agitação do panpenalismo, isto é, constitui um Direito Penal Absoluto. Assim, Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo trazem à baila que a orientação de que o Neopunitivismo:

Seria o sistema penal utilizado pelo Tribunal Penal Internacional, com restrição e supressão de garantias penais e processuais penais de réus que no passado ostentaram a função de chefes de estado e, como tal, violaram gravemente tratados internacionais de direitos humanos. (SALIM e AZEVEDO, 2019, p. 38).

Nesse contexto, o panpenalismo contribui para a supressão de garantias penais e processuais, como também para o crescimento exacerbado do aparelho repressivo do Estado e da hipertrofia legislativa. Essa evolução da racionalidade das leis penais decorre, direta e proporcionalmente, da influência dos pensadores das ciências penais, que refletem suas pesquisas na criação da legislação penal. Esse movimento científico é mais fácil de se compreender quando se analisa as escolas penais, tema que melhor se analisa no tópico a seguir.

1.3 ESCOLAS PENAIS

Com o intuito de esclarecer alguns conceitos atinentes às penas, às infrações penais e ao escopo do Direito Penal, torna-se necessário o conhecimento dos princípios e técnicas estudadas nas Escolas Penais. As referidas escolas são classificadas de uma maneira tradicional em: Escola Clássica, Escola Positiva e Terceira Escola.

Partindo da Escola Clássica, Idealista ou Primeira Escola depreende-se que sua origem advém da Itália. Divide-se em dois períodos: um teórico ou teórico-filosófico, norteados pelos estudos de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria (1738-1794) e outro correspondente ao período prático ou ético-jurídico, de Francesco Carrara (1805-1888) e Enrico Pessina. Tal escola tem por marco a publicação da obra “*Dos delitos e das penas*” do Marquês de Beccaria. Segundo a doutrina de Fontes e Hoffmann, a Escola Clássica:

Pode-se afirmar que a primeira escola que trouxe suas teorias sobre as questões criminais foi a denominada Escola Clássica, cujas principais referências foram: **Cesare Beccaria**, que entendia a necessidade de o homem viver em sociedade, e **Francesco Carrara**, jurista italiano, influenciado pelo próprio Beccaria. Existem ainda outros nomes que podem ser citados: **Jeremy Bentham** e **Anselmo Feubach**. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 83).

Sendo assim, Gonzaga traz ao campo da compreensão aquilo que o Iluminismo trouxe nessa época, ou seja, a prevalência da razão, da liberdade e do humanismo. Logo, salienta que:

Nesse contexto, percebe-se que a preocupação dos estudiosos da época era impingir um viés mais **humanista e proporcional** àquele que cometesse um crime, afastando-se aquelas ideias de suplício para o criminoso, o que estava muito em voga no período da Inquisição. De nada adiantaria impor ao criminoso um sofrimento desproporcional, pois o que se deve buscar é a aplicação da pena como forma de exemplo para os demais não delinquirem. (GONZAGA, 2018, p. 41).

Percebe-se que, durante o Iluminismo, mais conhecido como “Século das Luzes”, as pessoas eram tratadas com mais dignidade, pois não se admitia mais os constantes abusos do período das trevas (Inquisição). Nesse ponto, Fontes e Hoffmann concordam que:

A Escola Clássica baseia-se nas ideias iluministas do século XVIII. Partiram de 2 teorias distintas: **jusnaturalismo** (direito natural, de Grócio, segundo o qual o homem tem direitos que lhe são inerentes independente do Estado) e **contratualismo** (contrato social, de Rousseau, de acordo com o qual o Estado surge com um pacto entre os homens, no qual abrem mão de parcela de sua liberdade em prol de direitos). Emprega o **método abstrato dedutivo**, tomando como ponto de partida um princípio geral e retirando dele as consequências lógicas. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 83).

Repisa-se que a Escola Clássica teve por escopo a aplicação da lei ao caso concreto, isto é, deu espaço significativo ao princípio da legalidade, evitando que abusos cometidos nos períodos antecedentes viessem a assombrar novamente. Ademais, a Escola Clássica tem por expoentes Gaetano Filangeri, Giovanni Carmignani e Domenico Romagnosi, Pellegrino Rossi, Francesco Carrara e Enrico Pessina. Logo, o crime é considerado uma violação ao direito e o delinquente como um ser livre que pratica os delitos por sua escolha moral, sem apreciar os fatores externos.

Já a pena consubstancia-se no postulado da prevenção de novos crimes. Consiste em uma necessidade ética, a fim de manter o equilíbrio do sistema. Por conseguinte, a Escola Clássica moldou-se nos postulados de Cesare Beccaria, sendo que é uma oposição ao absolutismo. Com isso são nítidas as contribuições de Cesare Beccaria, as quais são citadas por Fontes e Hoffmann:

Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, nasceu em 1734, na Itália. Em 1764, publicou sua renomada e significativa obra: *Dos Delitos e das Penas*. [...] A obra *Dos Delitos e das Penas*, foi tão impactante na época de sua publicação que permanece no rol das leituras obrigatórias até os dias atuais. Beccaria abriu caminhos ao levantar a voz de maneira incisiva contra os abusos praticados a título de sanção penal, inaugurando em seu tempo uma nova maneira de se pensar o *jus puniendi* exercido pelo Estado. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 86).

Em decorrência disso, o livro supramencionado foi de grande valia para moldar o novo sistema punitivo. Trouxe ao sistema penal as ideias dos princípios da legalidade e da anterioridade penal, julgamento por autoridade competente, proporcionalidade entre delito e pena, finalidade preventiva da pena, proibição de excessos (torturas), prisão preventiva como medida cautelar e humanização das penas. (FONTES e HOFFMANN, 2018).

Por oportuno, não se pode deixar de mencionar a contribuição de Francesco Carrara (1805-1888), jurista italiano, influenciado pelos ideais de Beccaria, o qual analisou racionalmente a violação do direito. Ele se distanciou do pensamento de Beccaria para analisar, além do critério puramente legal, a tese de que não bastava a mera violação de preceitos legais. No entanto, deu ênfase naquilo que realmente afetaria a seara do direito. Gonzaga salienta a importância dos ensinamentos de Francesco Carrara afirmando que:

Para o ilustrado autor, o crime não é um ente de fato, mas sim **um ente jurídico**. Não é uma ação, mas sim uma infração. Trata-se de um ente jurídico porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito entendido enquanto algo pertencente a outra pessoa. Faz-se uma análise racional da violação jurídica, distanciando-se um pouco da ideia meramente positivista de violação à lei enquanto diploma legal e pura e simplesmente. (GONZAGA, 2018, p. 42).

Pelo exposto, é relevante a preocupação de Carrara ao não se nortear simplesmente pela valoração da lei em si. Logo, seu foco recai muito mais do que o critério legalista visto por Beccaria. Passa, então, a correlacionar em algo relevante e que se pauta pelos frutos do “*Contrato Social de Rousseau*” que se orienta da necessidade de um cidadão não violar o direito do outro. Nesse aspecto, Carrara tangencia seus ideais na racionalidade e não só na legalidade de Beccaria. Nesse mesmo caminho, Fontes e Hoffmann acordam que Carrara:

Defendeu a concepção do delito como ente jurídico, constituído por 2 forças: a física (movimento corpóreo e dano causado pelo crime) e a moral (vontade livre e consciente do delinquente). É importante ressaltar que Carrara, ao se referir ao crime como um ente jurídico, não se reporta às leis positivas, mas a uma lei universal absoluta, levando-se em conta a vontade do *criador*. Carrara não concebia a pena como uma retribuição pelo mal praticado, mas sim como instrumento necessário para a eliminação de uma ameaça social. Com isso, as consequências decorrentes dos efeitos da pena para o transgressor eram irrelevantes quando comparadas com a atribuição principal da sanção: eliminar uma ameaça. (FONTES e HOFFMANN, 2018, p. 87).

A Escola Clássica não se preocupou com os motivos que levaram o delinquente a cometer o delito e sim pela violação das leis em vigor. Por isso, existiam críticas de que eram despendidas à Escola Clássica em vista de ser restrita à análise do delito, ou seja, despreza-se a Psicologia, a Filosofia e a Sociologia no momento da ação delitiva. Acreditava-se no livre arbítrio, ou seja, o homem era livre em suas escolhas e responsável legalmente pelo cometimento de delitos. (VIANA, 2018).

Em resumo, a Escola Clássica apresenta pontos positivos e negativos. Os pontos positivos são atinentes à redução dos excessos dos períodos anteriores, como também ao surgimento da ciência penal. Porém, como ponto negativo, os princípios restritivos dessa escola, tornam o Direito Penal uma “ilha”, isolado dos demais estudos sociais. Portanto, os métodos abordados pela Escola Clássica provocaram uma reação nos estudiosos da época, acarretando a criação da Escola Positiva, a qual confronta os pressupostos clássicos. São precisas as preleções de Eduardo Viana ao se reportar à formação da Escola Positiva:

O método formalista da Escola Clássica provoca uma reação e, por conseguinte, favorece o aparecimento de uma nova orientação, a qual foca principalmente no vazio explicativo deixado pelos clássicos; bem por isso, se comparado aos clássicos, os positivistas partem do pressuposto diametralmente opostos. (VIANA, 2018, p. 51).

Em relação à Escola Positiva, convém esclarecer que seus expoentes são Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo. Nessa escola o crime era visto como a decorrência de fatores naturais e sociais. Não obstante, o delinquente não tinha disponível o livre arbítrio, pois era um ser anômalo. A pena era determinada em virtude da defesa social, tinha como efeito primordial a prevenção de delitos e se moldava ao criminoso em questão. Assim, a Escola Positiva traz à lume uma determinação de que o criminoso já nasce para cometer crimes, etiquetando a figura do “criminoso nato”. (GONZAGA, 2018).

A Escola Positiva iniciou o modelo etiológico, estudo das causas de determinado fenômeno, sendo que traz como uma de suas balizas o porquê de as pessoas cometerem os crimes. Outro ponto de suma importância é não confundir os termos “positivista” o qual designa esta escola, com o do positivismo jurídico postado no âmbito dos estudos da Escola Clássica. Por conseguinte, o que identifica o estudo da Escola Positiva é os motivos que levam ao cometimento do crime e não só o critério legal de Beccaria. Nesse ínterim, Gonzaga é conciso em suas palavras:

Por tal perspectiva, percebe-se claramente a guinada do método dedutivo ou lógico-abstrato para o **método indutivo ou empírico**, pois a busca agora é pelas causas da criminalidade, abstraindo-se da análise puramente legalista feita pela Escola Clássica. (GONZAGA, 2018, p. 44).

Nessa linha, a Escola Positiva busca moldar a investigação das causas dos delitos à Medicina, ou seja, projeta sua consolidação em conceitos de outras ciências, a fim de que complete a lacuna não contemplada na Teoria Clássica. Dos autores mencionados como expoentes da Escola Positiva, cabe salientar que um dos que mais se destacaram foi Cesare Lombroso (1835-1909), ao elaborar a obra “*O homem delinquente*” em 1876. É por isso que ficou conhecido como o “pai da Criminologia”. Para Nucci:

Com a publicação do livro *O homem delinquente* (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada *escola positiva*. Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. (NUCCI, 2019, p. 16).

Tal obra chamou a atenção dos estudiosos da época, pois Lombroso entendia que o criminoso deveria ter seus fatores biológicos analisados, a fim de que fossem sopesados na averiguação do crime e do delinquente. Com isso, Lombroso, ao estudar os aspectos biológicos dos seres humanos que cometem delitos, criou a expressão “criminoso nato”. Essa expressão define-se no sentido de que o criminoso é destinado a cometer delitos com relação em fatores biológicos. Sendo assim, poderia ser evitado os crimes quando procurados na sociedade pessoas com características e as retirando da sociedade.

A Terceira Escola ou *Terza Scuola* teve como expoentes na Itália: Emmanuele Carnevale (1897-1942), Bernardino Alimena (1861-1915), Giovan Battista Impallomeni (1846-1907). Parte-se dessa escola o conceito de que o crime é um fenômeno individual e social. Não se sustenta a ideia de que o delinquente é dotado de livre-arbítrio ou sequer seja anômalo. A função na pena vista no cenário da *Terza Scuola* denota-se pela essencialidade da defesa social, como também aceita o seu viés aflitivo. Soma-se a essa escola os conceitos angariados nas Escolas Clássicas e Positivas. (VIANA, 2018). Com base nos conflitos existentes nas Escolas Clássica e Positivas, dá-se espaço para a discussão de suas metodologias a partir da constituição da Terceira Escola. A referida escola teve sua denominação oriunda da obra “*Uma Terza Scuola de Diritto Penale in Italia*”, publicada em 1892, por Emmanuele Carnevale. Viana esclarece que:

A proposta da *terza scuola* somente é possível graças ao seu dualismo metodológico: apropriou-se das premissas da etiologia do crime propugnado pela Escola Positiva, conservando a importância da antropologia e da sociologia criminal; da Escola Clássica rechaça o livre arbítrio, mas mantém a distinção entre os criminosos imputáveis e não imputáveis, repelindo a possibilidade de responsabilizar aqueles que, segundo sua classificação, eram inimputáveis. (VIANA, 2018, p. 87).

Nesses termos, a Terceira Escola entendia que o delito era um fenômeno individual e social, como também assentava que a pena tinha por desígnio a defesa social, porém de caráter aflitivo. Como visto, a pesquisa até aqui delineada cuidou de aspectos científicos fundamentais para a evolução do Direito Penal, sobretudo seus conceitos clássicos. Esses temas do primeiro capítulo foram importantes para “sedimentar” o estudo sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que, no próximo capítulo, será o tema a ser investigado.

2 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

Jakobs dá sustentação a sua teoria em destacados precursores filosóficos. Desses precursores, destacam-se: Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Johan Gottlieb Fichte (1762-1814), Immanuel Kant (1724-1804) e Thomas Hobbes (1588-1679). Para o Doutor Juarez Cirino dos santos:

GÜNTHER JAKOBS retrocede 4 séculos da História humana para encontrar, nas especulações da filosofia jurídica dos séculos 17 e 18, os precedentes filosóficos para justificar a existência dessas duas categorias de seres humanos: *as pessoas racionais* (ou *cidadãos*), de um lado, e os *indivíduos perigosos* (ou *inimigos*), de outro. (SANTOS, 2012, p. 4-5).

Segundo Rousseau, qualquer malfeitor que atente contra o Direito afasta-se totalmente, porque se encontra em uma verdadeira guerra contra o Estado. Moraes, em uma análise de Rousseau, alerta que: “O malfeitor, segundo Rousseau (1712-1778), que ataca o ‘direito social’ deixa de ser “membro do estado, posto que se encontra em guerra contra ele, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”. (MORAES, 2008, p. 187). Assim, Rousseau afasta dos poderes do Estado o malfeitor e termina deixando o mesmo sem as garantias estendidas aos cidadãos. (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

Para Fichte, aquele que abandona o contrato cidadão, no qual se almejava com sua colaboração, perde todos os seus direitos como cidadão e ser humano, conseqüentemente, passando a um estado de ausência absoluta de direitos. Portanto, para Rousseau e Fichte todo delinquente é um inimigo. (JAKOBS e MELIÁ, 2018). Santos explica que:

Assumindo a *teoria do consenso* como método de trabalho, aproveita para lembrar que **todos os criminosos** seriam **inimigos** da sociedade, conforme **ROUSSEAU** – ou *feras*, segundo **FICHTE** -, contra os quais se aplicaria um *jus belli* pela violação do *consenso* (LEIBNIZ), o pressuposto natural do contrato social. **JAKOBS**, contudo, não classifica como inimigos todos os autores de crimes: declara preferir as ideias mais moderadas de **KANT** e de **HOBBS**, que distinguiriam entre *criminosos* e *inimigos*, permitindo classificar os **criminosos** em (a) autores de fatos **normais** (punidos como *cidadãos*) e (b) autores de fatos de **alta traição** (punidos como *inimigos*). (SANTOS, 2012, p. 4-5)

Conforme citado, Jakobs prefere não seguir a concepção restrita de Rousseau e de Fichte, pois compreende que o ordenamento jurídico se obriga a manter dentro da estrutura do Direito o criminoso. Nesse sentido, Jakobs esclarece que:

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, 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 caso: sua situação dentro do direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não deve se despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 25)

O fato é que os ideais da teoria de Jakobs vão de encontro aos postulados propostos por Rousseau e Fichte, os quais afastam em definitivo o criminoso do Direito. Nesse cenário, Jakobs pretende manter o inimigo dentro do Direito, bem como acredita em um futuro ajuste entre o delinquente e sua adequação à sociedade, pois, segundo ele, há uma separação extrema entre cidadão e inimigo, o que torna os pressupostos de Rousseau e Fichte abstratos.

Em face disso, Jakobs é claro ao alertar que o delinquente tem de ser responsabilizado pelas suas ações. Por conseguinte, Hobbes assegura que o delinquente deve ser mantido com o *status* de cidadão, porque o criminoso não pode, ele próprio, execrar seu *status* de cidadão. Por isso, Hobbes torna essa ideia de manutenção de qualidade de cidadão relativa, ou seja, caso o criminoso pratique uma rebelião ou alta traição, seu *status* de cidadão retorna ao estado de natureza. Portanto, incidindo em alta traição, não será castigado como um súdito e sim como um inimigo (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

Para Kant, toda pessoa que não se amolda à sociedade, deverá ser tratada como inimigo, isto é, quem não está adstrito ao estado comunitário-legal, deverá se afastar. Kant explica que qualquer pessoa possui autorização para coagir outras pessoas a manterem-se fiéis a uma constituição-cidadã. Porém, as pessoas que não se submetem aos requisitos dispostos por Kant, devem ser tratadas como inimigos. (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

Sintetizando os autores supracitados, denota-se que Hobbes desqualifica como pessoa o réu de alta traição, porque há resistência ao cumprimento das normas. Para Kant, não se analisa como pessoa quem não se coaduna com o estado-comunitário e o ameaça constantemente. Sendo assim, nota-se que Hobbes e Kant sustentam a existência de um Direito Penal do cidadão e de um Direito Penal do inimigo, sendo que, no primeiro, há a manutenção do *status* de pessoa e, no segundo, exclui-se o *status* de pessoa. Moraes, ainda, conclui que;

Seguindo este raciocínio, o próprio Jakobs ampara-se na resposta dada por Kant no tocante àqueles que não se deixam obrigar. Assim, como Hobbes e Kant conhece um 'Direito Penal do Cidadão' – contra pessoas que, a princípio, não delinquem de modo persistente – e um 'Direito Penal do Inimigo' contra quem se desvia por princípio. Este exclui, e aquele deixa incólume *status* de pessoa [...]. Nesse sentido, o indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser 'pessoa'. Logo, deve morrer como tal (Rousseau); perde todos os seus direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo (Hobbes e Kant). (MORAES, 2011, p. 190).

Sendo assim, pode-se analisar os pressupostos supracitados frente à Teoria do Direito Penal do Inimigo, pela qual, segundo Jakobs, “[...] o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 28).

2.1 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme analisado em tópico antecedente, viu-se a expansão do Direito Penal, como também as velocidades do Direito Penal de Jesús-Maria Silva Sanchez como fatores decisivos para a implementação de um novo Direito Penal fiel à sociedade contemporânea. Com intuito de aprofundar na terceira velocidade do Direito Penal, mais precisamente na chamada Teoria do Direito Penal do Inimigo, torna-se necessário relembrar o assunto. Logo, acerca da inevitável corrente expansionista do Direito Penal, ensina Eugênio Pacelli e André Callegari que:

Tornou-se conhecida entre nós a obra de Jesús-Maria Silva Sánchez, intitulada *A expansão do direito penal*, na qual o ilustre autor levanta fundadas suspeitas sobre a inevitável expansão das normas incriminadoras, a partir de uma série de questões inerentes ao mundo contemporâneo e sua globalização, e, particularmente, na perspectiva de certa *administrativização*

do direito criminal, que, ao lado da redução das penas privativas de liberdade, traria a flexibilização de garantias individuais, fundamentais ao modelo liberal de Direito penal. (PACELLI e CALLEGARI, 2016, p. 74).

Os mesmos autores discorrem de maneira concisa acerca das primeiras e das segundas velocidades do Direito Penal nos moldes traçados por Sánchez:

[...] a) de *primeira velocidade*, em que a rigidez da reação penal – penas privativas de liberdade – seria acompanhada de ampliação das garantias individuais, seja no que toca às regras gerais da imputação, seja no âmbito das garantias processuais penais (Direito penal *liberal*); b) de *segunda velocidade*, assim definido o modelo de maior flexibilidade da intervenção penal, sobretudo ao nível de diminuição das exigências para a atribuição de responsabilidade penal, com a contrapartida da prevalência de penas alternativas, restritivas e/ou pecuniárias, chega à inevitável indagação acerca da possibilidade de se ter que admitir um direito penal de *terceira velocidade*, caracterizado pela soma dos elementos de maior rigidez dos anteriores (penas de prisão e redução de garantias individuais). (PACELLI e CALLEGARI, 2016, p. 75-76).

Em consequência das velocidades propostas por Sánchez, Günther Jakobs designou como a terceira velocidade do Direito Penal a cumulação da pena privativa de liberdade (primeira velocidade) com a flexibilização da intervenção penal (segunda velocidade), a qual, hodiernamente, pode ser observada como a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Não é uma teoria nova, ou seja, já foi citada por Von Liszt em seu ‘Programa de Marburgo’, quando defendeu o poder punitivo do Estado como uma guerra à criminalidade. Em 1985, Günther Jakobs, catedrático da Universidade de Bonn, na Alemanha, trouxe à tona a Teoria do Direito Penal do Inimigo com o fito de manter a vigência da norma e polarizar o Direito Penal clássico em duas bases distintas: Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. (MORAES, 2008).

A origem do Direito Penal do inimigo, nos moldes de Jakobs, remonta-se em 1985, em Frankfurt, na Alemanha, onde Jakobs deu os “primeiros passos” na divulgação de sua teoria. Apresentou seus estudos no Congresso dos penalistas alemães destacando a incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico. Essa primeira aparição não teve muita atenção da doutrina penalista. Em 1999, no Congresso de Berlim, Jakobs reafirmou seus pensamentos acerca de um Direito Penal diferenciado e que se pautasse na análise de crimes mais graves. (MORAES, 2008).

Nesse aspecto, cabe destacar que a Teoria do Direito Penal do inimigo assenta-se na diferença de dois polos antagônicos de Direito Penal. Na visão de Jakobs, há dificuldades em se demonstrar na sociedade a real distinção/aplicação entre o Direito Penal do cidadão e do Direito Penal do inimigo. Com isso, Jakobs explica que:

Quando no presente texto se faz referência ao Direito Penal do cidadão e ao Direito Penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito Penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito Penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe serem concedidos no processo penal os direitos de uma acusado cidadão. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 21).

Dessa elucidação, nota-se claramente a polarização que há entre os considerados cidadãos e inimigos. Parte-se da ideia de que violada a norma pelo cidadão, existiria um mero incômodo e se manteria os direitos em sua plenitude. No entanto, violada a norma pelo inimigo teria uma redução em seus direitos, sendo que não haveria um tratamento normal de pessoa, apenas de maneira formal. Assim, Jakobs corrobora que a pacificação insuficiente denota a qualidade de inimigo do Direito Penal. (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

O Direito penal do inimigo não surge do nada, salienta o autor. Tem que haver previsão legal, para que possa ter eficácia. Jakobs grifa que a denominação de inimigo corresponde àquele que não teve reestabelecida sua conduta ao Direito após violar às normas. Com o escopo de corrigir esse inimigo, Jakobs traz a ideia de que a pena:

[...] é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 22).

Aparentemente, a pena, para Jakobs, é uma pronta resposta à norma infringida. Sendo assim, cita em sua obra o exemplo do preso, o qual estando no cárcere, fica

longe de cometer novos delitos, enquanto se mantiver nessa condição. Com isso, claro fica a aplicação da prevenção especial, com o foco em eliminar o perigo. (JAKOBS e MELIÁ, 2018). No mesmo sentido, para Jakobs, “a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo”. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 22).

Segundo Jakobs, “denomina-se Direito o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação”. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 24). Dessa análise, infere-se, segundo o autor, que o inimigo não é contemplado pelo Direito e sim pela coação da pena. Assim, declara que as normas são o arcabouço da sociedade, pois elas regulamentam as relações existentes entre as pessoas, bem como mantém o equilíbrio da vida em sociedade. Daí porque vai sustentar Jakobs que:

Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la. Ao menos nos casos das normas de certo peso, nas quais se pode esperar a fidelidade à norma, necessita-se de certa confirmação cognitiva para poder converter-se em real. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 32).

Em razão disso, segundo a lição de Jakobs, o Estado classifica os criminosos em dois estilos: um visto como pessoa, o qual apenas incidiu em um único delito, ou aquele que pretende afrontar a estrutura do Estado. Claramente, destaca-se a aplicação da dicotomia do Direito Penal do inimigo. Os modos como Jakobs segrega em pessoas e indivíduos (não pessoas), demonstra como sua teoria repele o indivíduo que não seja cognitivamente coagido ao cumprimento da norma. Jakobs, ainda conclui, ensinando que:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 40).

Desse pressuposto, infere-se que o inimigo, no plano conceitual de Jakobs, é considerado uma não pessoa e o cidadão como pessoa. Logo, só é pessoa quem se garante cognitivamente ao ordenamento jurídico. Reflete Jakobs que “[...] só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal [...]”.

(JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 43). Nesse aspecto, reitera-se que o mandamento utilizado por Jakobs coloca o Direito Penal em dois polos distintos: um direcionado ao cidadão (pessoa) – Direito Penal do cidadão; e outro direcionado ao inimigo (não pessoa) – Direito Penal do inimigo. Dessa separação existente, Jakobs conceitua que:

[...] O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo; frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. [...] O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 28-29).

Em síntese, Jakobs adota uma diferenciação quanto à personalidade do criminoso. Sendo assim, quando o criminoso não afronta à estrutura do Estado, mantém todos os seus direitos de cidadão, pois, pela simples transgressão da norma, acredita-se na sua recuperação. Não obstante, o inimigo, que viola de maneira contínua a norma, considera-se irrecuperável, deve-se afastar do convívio social e ser declarado guerra a ele. (HABIB, 2016).

Em vista disso, para Jakobs, o Estado entende por inimigos os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, criminosos sexuais e demais infrações penais de grande risco à sociedade. Face dessa rotulação, para Jakobs, quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma, não deve ser tratado como cidadão e sim como um inimigo. (JAKOBS e MELIÁ, 2018). Nessa linha de raciocínio, Jakobs analisa a sequência do delito e da pena. Esclarece que “não existem os delitos em circunstâncias caóticas, mas só como violação das normas de uma ordem praticada”. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 30). Nesse sentido, explica que somente não há violação de normas quando se vive em estado de natureza. Para Jakobs:

Ninguém tem desenvolvido isso com tanta clareza como Hobbes, que atribui a todos os seres humanos, no estado de natureza, um *ius naturale* a tudo, quer dizer, na terminologia moderna, só um *ius* assim denominado, a respeito do qual precisamente não se encontra em correspondência uma *obligatio*, um dever do outro, mas que, ao contrário, só é uma denominação da liberdade normativamente ilimitada, unicamente circunscrita pela violência física de cada indivíduo, de fazer e deixar de fazer o que se queira, contanto que se possa. Quem quer e pode, pode matar alguém sem causa alguma. É este, como Hobbes constata expressamente seu *ius naturale*. E isso nada tem em comum com um delito, já que no estado de natureza, na falta de uma ordem definida, de maneira vinculante, não podem ser violadas as normas de tal ordem. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 30-31).

Conforme destacado, só há transgressão de norma, onde elas realmente estiverem dispostas no ordenamento jurídico. Assim, o Direito Penal do inimigo sedimenta-se na pura expectativa da vigência da norma. Na visão de Jakobs, o inimigo não é pessoa, pois não há perspectiva de seu reingresso no *status* de cidadão e não pode postular os mesmos benefícios estendidos a uma pessoa. O inimigo é uma não-pessoa. Com essa supressão de personalidade, o inimigo não é um sujeito processual, porque tem cerceado os direitos processuais básicos que um Estado Democrático de Direito garante aos seus cidadãos. (HABIB, 2016).

O delinquente não deve ser punido pela sua culpabilidade e sim pela sua periculosidade que apresenta face aos anseios sociais. Não há punibilidade como pena nesse caso, mas de medida de segurança. Nessa seara, as medidas de segurança não analisam o passado do delinquente, o que ele fez, contudo, o futuro, isto é, o que ele representará futuramente. Por conseguinte, o Direito Penal do inimigo preocupa-se com o futuro (análise prospectiva do delito), divergindo do Direito Penal do cidadão que foca no passado delitivo (análise retrospectiva do delito). Jakobs entende que o sentido de:

‘Pessoa’ é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas); ou seja, somente pode ser pessoa jurídica-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura social, precisamente, o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito jurídico-penal de culpabilidade. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 19-20).

Deste modo, de acordo com a tese de Jakobs, o Direito Penal do cidadão pauta-se pela a vigência da norma e o Direito Penal do Inimigo pelo combate de fontes de perigos. Ademais, o Direito Penal do inimigo antecede à proteção da norma, isto é, antecipação da tutela penal, com o intuito de alcançar os atos preparatórios. Não obstante, o Direito Penal do inimigo não se preocupa com a proporcionalidade ou razoabilidade da pena frente aos riscos trazidos pelo delinquente frente à vigência da norma.

Cabe ressaltar, por exemplo, se fosse um delito cometido por um cidadão (pessoa), espera-se que sua ação delitiva se exteriorize, a fim de que haja uma reação por parte do Estado. Porém, em outro polo classificatório, o inimigo deve ser

interceptado em seu estágio prévio de delinquência, em atenção à sua periculosidade. Nesse contexto, Jakobs dispõe que:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo que é interceptado em seu estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 36).

Consoante a previsão teórica de Jakobs, denota-se que o Direito Penal clássico se divide em dois polos distintos: um direcionado ao cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e outro ao inimigo (*Feindstrafrecht*). O primeiro corresponde aos que delinquem e não atentam contra a segurança do Estado. Todavia, o inimigo define-se como alguém que afronta e atenta contra a integridade do Estado.

O Direito Penal do cidadão mantém íntegros os direitos penais e processuais, pois cidadão é o indivíduo que mesmo delinquindo tem a capacidade de fidelidade ao Direito. No Direito Penal do inimigo, corrobora-se que o inimigo deve ser tratado como fonte de perigo, porque o inimigo não oferece garantia de reingresso na qualidade de cidadão. Ressalta-se que segundo Jakobs o Direito Penal do cidadão é um direito de todos e o Direito Penal do inimigo é direcionado àqueles que agem permanentemente contra o Estado, sendo que seu afastamento se coaduna até chegar à guerra.

No que tange à pena, no Direito penal do cidadão o fato criminoso de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, uma ofensiva à vigência da norma. Por isso, a aplicação da pena é simbólica face à irrelevância da conduta praticada (não atenta contra a existência do Estado), posto que a norma se mantém vigorante e válida para a sociedade, mesmo depois de violada. A pena no Direito Penal do cidadão não se dirige ao criminoso, mas ao cidadão que se manteve fiel ao Direito. Sua função é preventiva, integradora ou reafirmadora da norma. Para o cidadão, a pena é contrafática, ou seja, a pena reafirma contrafaticamente a norma violada.

Não obstante ao Direito Penal do cidadão, o Direito Penal do inimigo procura eliminar o perigo, seja evidente, seja nos atos preparatórios. Para Jakobs, a pena é fisicamente imposta, pois impede o sujeito de praticar crimes fora da prisão. Do exposto, o Direito Penal do inimigo necessita de um inimigo. Todavia, o Direito Penal

do cidadão limita os poderes estatais, assegurando todos os princípios garantidores do Direito Penal mínimo.

Avulta-se que o Direito Penal do inimigo não é propriamente um sistema penal ordenado e lógico. Trata-se de um ordenamento jurídico-penal com normas esparsas que violam os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não se pauta pelo fato criminoso e sim pela determinação do tipo de autor. Conforme Jakobs, o Direito Penal do inimigo é uma forma de tratar os criminosos que não apresentam “garantias cognitivas” de fidelidade ao Direito, por isso considerados não pessoas (*Feinde sind aktuell unpersonen*). (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

A partir desse contexto, Jakobs assevera que o inimigo não tem assegurado todos os direitos fundamentais destinados aos cidadãos. Em consequência disso, quando se fala em Direito Penal do inimigo, como cita Jakobs, não há no campo hipotético um conjunto de normas em ordenação. O Direito Penal do inimigo não se engessa em um conjunto normativo ordenado, pois se entende um Direito Penal emergencial. Portanto, o inimigo é quem não oferece garantias cognitivas de manter-se fiel ao Direito, pois é um Direito Penal que nasce sem garantias do Direito Penal tradicional.

2.2 O FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS

Antes de se adentrar no funcionalismo penal de Günther Jakobs, é de suma importância a análise da teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a qual deu embasamento teórico aos estudos do doutrinador alemão. Tal teoria originou-se dos estudos de Talcott Parsons quando investigava a Teoria do funcionalismo estrutural. Assim sendo, Luhmann compilou a sua teoria aos estudos biológicos dos chilenos Humberto Romesín Maturana e Francisco Javier Varela García. (LIRA, 2015). Moraes, em pesquisas sobre o assunto explica que:

Luhmann interpreta a sociedade como um sistema, ou seja: ele a observa através da distinção entre sistema (interior) e meio (exterior). Sendo assim, cabe inicialmente recorrer aos instrumentos da Teoria Geral dos Sistemas, sobretudo às mudanças paradigmáticas ocorridas nos anos 70 e 80 em função de novas descobertas nas ciências exatas e biológicas. A teoria geral dos sistemas apresenta-se hoje como teoria de sistemas autopoieticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados. (MORAES, 2011, p. 95).

Nesses moldes, Luhmann utiliza-se da interdisciplinaridade, isto é, de pesquisas realizadas por outras áreas, a fim de que complemente e reduza os critérios da complexidade existente no contexto dos tempos pós-modernos. Segundo a interpretação feita por Lira dos postulados de Luhmann, denota-se que:

O autor sugere que o sistema não possui a capacidade de apresentar uma variedade para responder, ponto a ponto, às imensas possibilidades de estímulos originadas do meio. Esse problema deve ser resolvido, com o fechamento do sistema e com a “redução de complexidade” na relação do sistema com o meio e com ele próprio – *input/output*. (LIRA, 2015, p. 116).

Conforme exposto acima, Luhmann assenta-se na premissa de que a estrutura do próprio sistema era responsável pela redução da complexidade, ou seja, no mecanismo da autopoiese. Por oportuno, destaca-se que a complexidade surgiu com a transição do Direito Penal da sociedade industrial para o Direito Penal da sociedade de risco, dando ratificação às teorias funcionalistas, como já referido alhures, quando se discorreu sobre a expansão do Direito Penal sob à ótica de Silva Sánchez. Nesse viés, Alflen da Silva destaca que:

O Direito Penal contemporâneo, tanto na teoria como na práxis, está passando da formalização e da vinculação aos princípios valorativos a uma tecnologia social, e paulatinamente vai se convertendo em um instrumento político de manobra social. Pode-se dizer que se trata de uma ‘dialética da modernidade’, [...] um Direito Penal inspirado nas modernas teorias sociológicas orientadas segundo um modelo globalizante, que no Direito Penal tem se refletido segundo a perspectiva do risco, em relação à qual se fala mais recentemente de uma **Risikostrafrecht** (Direito Penal do Risco). (SILVA, 2004, p. 85).

Com essa transição, surge a Teoria dos Sistemas Autopoieticos com enfoque na sociedade complexa. Em consequência disso, sai de cena o sistema aberto/fechado para dar lugar à autopoiese que se utiliza do código binário lícito/ilícito. Moraes discorre sobre o assunto com maestria, ao referir:

Um das principais mudanças foi a substituição do conceito sistema aberto/fechado pelo conceito de autopoiese. No caso do (sistema) Direito, Luhmann diz que, sendo autopoietico, prevalece o código de referência lícito/ilícito como condição de sua auto-referência sistêmica. Isso quer dizer que a identidade operacional e a autonomia funcional do sistema jurídico, seus requisitos básicos, são sustentados por aquele código binário, formando o que se pode chamar de núcleo ou cerne da autopoiese do Direito. (MORAES, 2008, p. 90).

Não obstante, cabe salientar que a sociedade pós-moderna encontra obstáculos na complexidade e na contingência, as quais assolam as decisões no contexto do ordenamento jurídico. Com isso, Luhmann norteou-se pela Teoria Autopoiética, a fim de ter uma visão minuciosa do funcionamento do Direito. Sendo assim, procurou ocultar e neutralizar os “paradoxos da auto-referência”, dando ênfase ao sistema fechado, bem como sustentou a funcionalidade aberta ao complexo social. (MORAES, 2011).

Em apertada síntese, Niklas Luhmann compreende que o Direito tem por missão a redução da complexidade social a partir da expectativa normativa existente. Logo, o direito não pode realizar uma mudança drástica no seio social. Conclui Luhmann que o Direito “é um sistema especializado na generalização congruente de expectativas normativas”. (LUHMANN, 1998, p. 15). Com as devidas transições, houve mudanças de paradigmas. Nesse sentido, nota-se, claramente, as transformações que a finalidade da sanção penal passou, como também as constantes modificações da teoria do delito. Segundo Moraes:

Destarte, a concepção clássica do delito teve como fundamento o pensamento jurídico do positivismo científico; a concepção neoclássica o delito se baseava na teoria do conhecimento do neokantismo; o sistema finalista do delito fundamentou-se nas contribuições filosóficas de Hans Welzel, e por fim, em época mais recente, os sistemas funcionalistas vêm se firmando em todo o mundo sob suas orientações: o funcionalismo estrutural de Parsons (que no âmbito do Direito Penal identifica-se como um funcionalismo teleológico e denominando ‘moderado’) e o funcionalismo sistêmico de Luhmann (que no âmbito do Direito Penal origina o funcionalismo estratégico e normativista, conhecido por ‘radical’). (MORAES, 2011, p. 93).

No contexto de pós-modernidade e multiplicidade de fatores, a Teoria dos Sistemas de Luhmann ganha destaque no cenário jurídico, pois os outros sistemas tradicionais pretéritos utilizavam do empirismo, mas Luhmann acredita que o sistema jurídico é um subsistema do sistema social, independente e sem escala das influências da sociedade. Dessa lição, enfatiza-se que Luhmann apresenta a autopoiese como sendo nada mais do que a resolução dos problemas dentro do próprio sistema, ou seja, o Direito. (MORAES, 2011). Niklas Luhmann buscou amparo na Teoria Estruturalista-Funcional de seu mestre Talcott Parsons. Para Moraes:

Luhmann interpreta a sociedade como um sistema, ou seja: ele a observa através da distinção entre sistema (interior) e meio (exterior). Sendo assim,

cabe inicialmente recorrer aos instrumentos da Teoria Geral dos Sistemas, sobretudo às mudanças paradigmáticas ocorridas nos anos 70 e 80 em função de novas descobertas nas ciências exatas e biológicas. A teoria geral dos sistemas apresenta-se hoje como teoria de sistemas autopoiéticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados (MORAES, 2011, p. 95).

Diante desse sistema autopoiético, é evidente o papel da auto-organização e da autopoiese. Na auto-organização, o sistema busca se alinhar ao que dispõe o seu sistema, criando mecanismos estruturais próprios. No entanto, a autopoiese colaciona a posterioridade do sistema, consolidando os limites anteriores ao fim que se chegou. No que tange à funcionalidade da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann ao Direito, é evidente que sua teoria limita o campo jurídico ao seu interior, sistema fechado e que se comunica das variedades expostas. Nesse sentido, para Luhmann, o Direito promove a generalidade da expectativa de normas. O Direito, segundo Luhmann, na doutrina de Tavares pretende:

Com base no sentido da comunicação, pode-se dizer que a função do direito está associada a um problema temporal, que é sempre levado em conta quando a comunicação não se basta a si mesma, mas consoante a extensão temporal de seu sentido, está orientada e se expressa por expectativas. Neste particular, tratando-se da possibilidade de comunicar acerca de expectativas e de tornar essa comunicação reconhecida, o importante não é orientar-se apenas pelo indivíduo, senão pela sociedade. (TAVARES, 2000, p. 71-73).

Consoante destaca acima, a função da norma jurídica é a redução dos eventos da complexidade das relações sociais. A pós-modernidade apresentou-se de modo rápido e silente, introduzindo a desestabilização da intervenção do Estado, como também gerou grande empecilho na estrutura, engessando todo o sistema jurídico. Com o intuito de amenizar essa situação, Moraes adverte que:

Dessa forma, a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos fornece um instrumental de valor mediante a observação a práxis jurídica para que o sistema mantenha sua operacionalidade e funcionalidade específicas ante uma sociedade extremamente complexa e contingente como é a sociedade dita 'pós-moderna'. (MORAES, 2011, p. 104).

Por conseguinte, a Teoria dos Sistemas é responsável pela manutenção da estrutura que sustenta o sistema do Direito, reduz a complexidade do seio social, bem como generaliza a correspondência da expectativa das normas, de modo que mantenha a estabilidade do sistema. Não obstante, caso demonstre que isso não correspondeu às expectativas da norma jurídica, vê-se, pois, a ineficácia do sistema

jurídico. Luhmann acredita que o Direito não pode ser usado como guia de comportamentos, ou sequer como mágica, porque o sistema responderia às avessas das expectativas. (MORAES, 2008).

Acerca desses fatores, cabe repisar a conclusão de Lira atinente à Teoria dos Sistemas “[...] apresenta o acoplamento estrutural para explicar a regulação entre sistema e meio , porquanto nenhum sistema está incomunicável”. (LIRA, 2015, p. 120). Dessa premissa, Jakobs norteou sua pesquisa e reestruturou a “Teoria do Delito”, dando ênfase à finalidade preventivo-integradora da sanção penal.

Ultrapassada a linha da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, adentra-se ao tema do Funcionalismo Sistêmico. Dentro do Funcionalismo Sistêmico pode-se dizer que há divergências doutrinárias. Tal divergência, encontra-se nas lições dos penalistas Claus Roxin (da Escola de Munique) e Günther Jakobs (da Escola de Bohn). Adiante, Lira com exatidão pondera acerca dos autores supracitados:

Para Roxin, a funcionalidade do Direito Penal deve ser pensada em resposta à derrocada do causalismo e do finalismo. O pensamento de Roxin em relação à função do Direito Penal é norteado por finalidades político-criminais, buscando a proteção dos bens jurídicos indispensáveis ao indivíduo e à sociedade. Para isso, Roxin se vale da prevenção geral positiva, não da especial ou da negativa. A partir dessa base argumentativa, Roxin parte da perspectiva de que cabe ao Direito Penal a defesa da sociedade e dos indivíduos dos riscos “*sócio-politicamente intoleráveis*”. (LIRA, 2015, p. 99-100).

Nessa conjectura, destaca-se o papel do Direito Penal, ou seja, o instrumento garantidor da funcionalidade de todo o sistema. Cabe esclarecer que o funcionalismo se apresenta de três maneiras distintas, conforme assevera Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

No âmbito do Direito Penal, essas respostas dividem-se em três linhas básicas: a) **funcionalismo moderado**, voltado para a necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal (Roxin); b) **funcionalismo limitado**, segundo o qual, o Direito Penal justifica-se por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites – exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade e proporcionalidade (Mir Puig); c) **funcionalismo radical ou sistêmico**, representado pelo funcionalismo sociológico inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann (Jakobs). (MORAES, 2011, p. 127).

Sendo assim, o funcionalismo penal defendido por Jakobs deriva do sistema de Niklas Luhmann, pois assimila que o direito assegura a estabilidade da norma, o que levou a ser denominado de “radical ou sistêmico”. Todavia, o que defende Roxin vai de encontro ao pensamento de Jakobs, pois Roxin defende a proteção dos bens jurídicos. Com o intuito de explicar essa distinção, os professores Eugênio Pacelli e André Callegari aduzem que:

Para ROXIN, como visto, o Direito Penal teria por missão, primeiro, a proteção de bens jurídicos, e, com a pena pública, a prevenção de novos crimes. Essa prevenção se faria tanto no âmbito *geral*, dirigida a todos, quanto ao nível do autor do fato (prevenção *especial*). E sua teoria unificadora da pena, embora aceite os efeitos *negativos* (de *intimidação*), se orienta na busca dos efeitos *positivos*, ou seja, de reforço da confiança no direito (na prevenção geral) e de ressocialização do condenado (na prevenção especial). Contudo, como tais funções da pena seriam insuficientes para oferecer um limite a elas, ele recorre à retribuição (daí o nome unificadora) para *modular* a sanção penal, como correspondência ao fato praticado. (PACELLI e CALLEGARI, 2016, p. 71).

Desse contraponto acerca das teorias de Roxin e Jakobs, pode-se compreender que o funcionalismo penal de ambos os autores coincide em partes. Logo, tal coincidência resulta no conhecimento de que as teorias não se sustentam no caráter ontológico, senão nas balizas definidas pelos fins do Direito Penal. Jakobs seguramente afirma que os requisitos utilizados pelo finalismo na Alemanha durante o período nacional-socialista foram perversões que atormentaram o Direito.

É, possível, portanto, concluir que Roxin e Jakobs partem do mesmo sistema funcionalista. No entanto, Roxin valoriza a proteção de bens jurídicos e adentra na imputação objetiva, seguindo preceitos da Política Criminal. Por outro lado, Jakobs adota a Teoria dos Sistemas de Luhmann, sistêmica, que tem caráter estabilizante da norma. Nesse ponto, não corrobora os modelos de Política Criminal ou sequer se lastreia nos bens jurídicos protegidos de Roxin. Portanto, o Direito Penal para Jakobs apresenta, simplesmente, como validade da norma jurídica e a pena como mantenedora da norma violada. (HABIB, 2016).

Veja-se que, como demonstrado anteriormente, a distinção feita por Jakobs ao criar dois polos distinto no âmbito do Direito Penal: um direcionado ao cidadão (pessoa), outro ao inimigo (não pessoa). O cidadão comete crimes, mas se mantém fiel ao direito (prevenção geral positiva), já o inimigo é dispensado o tratamento de

guerra, não se aplica o direito despendido a todos e sim um específico (prevenção especial negativa). Com isso, inspirado na corrente Luhmanniana que Jakobs aproveitando da complexidade da sociedade pós-moderna e da ineficácia do sistema penal causalista, trouxe ao Direito Penal, o Funcionalismo Radical.

Como visto, a pena representa uma variável importante dentro do funcionalismo penal, porquanto reflete na estabilidade da norma. Sobre as penas, o próximo tópico adentrará com maior especificidade, iniciando com o estudo acerca das teorias.

2.3 TEORIAS DAS PENAS: TEORIAS ABSOLUTAS X TEORIAS RELATIVAS

As penas são originárias do poder punitivo do Estado. Ademais, o estudo de das teorias são essenciais para o conhecimento de sua evolução ao longo dos anos. Logo, as penas são relacionadas à criação do Direito Penal e suas finalidades. Nesse contexto, Jorge de Figueiredo Dias esclarece o teor acerca da finalidade das penas;

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins da pena, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a *questão do destino do direito penal* e, na plena acepção do termo, do seu *paradigma*. (DIAS, 2001, p. 65-66).

Do exposto, as penas são o escopo das teorias existentes. Por conseguinte, as penas perpassam por teorias que explicam suas finalidades. No plano das teorias existentes, é possível citar as Teorias Absolutas e Relativas. Para a teoria absoluta, a pena surge como a retribuição estatal justa pelo mal provocado pelo condenado. Atenta-se pela finalidade retributiva, esgotando-se em si mesma. Para Masson, “[...] é chamada de absoluta porque esgota-se em si mesma, ou seja, a pena independe de qualquer finalidade prática, não se vincula a nenhum fim, pois não se preocupa com a prática do ilícito penal. (MASSON, 2019).

Dos pressupostos levantados acerca da teoria absoluta, é notório que a pena tem por finalidade, simplesmente, o reestabelecimento da ordem jurídica. Com isso, a

teoria absoluta caracteriza-se pela sua finalidade retributiva. Noutra viés, surge a teoria relativa, a qual vê a pena como aparelho de prevenção de futuros delitos (*punitur ne peccatur*). No que concerne à teoria relativa, infere-se que a finalidade da pena é a prevenção de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). Nos moldes da teoria relativa, Moraes, citando Ferrajoli, elenca quatro doutrinas que conjugam as doutrinas preventivas:

a) doutrinas da **prevenção especial positiva** ou da **correção**, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; b) doutrinas da **prevenção especial negativa** ou da **incapacitação**, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; c) doutrina da **prevenção geral positiva** ou da **integração** lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; d) doutrinas da **prevenção geral negativa** ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui. (MORAES, 2008, p. 146).

Por oportuno, cabe esclarecer que a teoria relativa se opõe à teoria absoluta. A relativa destaca-se pela finalidade preventiva, já a absoluta destaca-se pela finalidade retributiva. Nesse interim, ambas teorias possuem carácter dual: geral e especial, como também aspectos negativos e positivos. Em virtude do que foi citado anteriormente, em uma primeira análise, a prevenção geral funciona em sentido positivo e negativo. No que tange ao sentido positivo, a prevenção geral positiva destina-se a dar validade e a sustentar o contido no Direito Penal. Por conseguinte, a prevenção geral positiva é a clara demonstração da vigência da lei penal.

A prevenção geral positiva encontra base teórica nos estudos de Bentham (1748-1832) e Feuerbach (1775-1833). Segundo Bentham, a finalidade principal da pena era a prevenção futura dos delitos. Não se importava com delitos pretéritos, pois tais fatos não mais ameaçavam a ordem jurídica. Por conseguinte, Bentham destacou que “[...] entram nesta definição três circunstâncias, que não entram na definição abstrata: o direito de punir – o fim da pena, - restringir o castigo o mais que for possível, de sorte que se não possa estender além do réu”. (BENTHAM, 2002, p. 20). No ponto de vista de Feuerbach, o Estado tem por finalidade a manutenção da convivência harmoniosa de seu povo para com os ditames do Direito. Nas precisas palavras de Moraes, explica que:

[...] Não sem razão, Feuerbach é considerado por alguns como o ‘pai do Direito Penal moderno’, e por outros, como precursor do ‘Positivismo Penal’.

Para ele, a finalidade do Estado é a convivência humana em conformidade com o Direito. Sendo o crime a violação do Direito, o Estado está na obrigação de impedi-lo. Tal função é conseguida mediante coação psíquica e física imposta pela pena. (MORAES, 2008, p. 153).

Em consequência, é nítida a ideia da prevenção geral positiva na demonstração da vigência da lei penal, pois o Estado como garantidor da norma jurídica, deve deixar claro que a pena funciona como meio de inibir as condutas delituosas frente ao estabelecido pelo Direito. A prevenção geral negativa vai de encontro ao que preceitua prevenção geral positiva. Enquanto a prevenção geral positiva se preocupa com a demonstração da vigência da lei penal, a prevenção geral negativa procura desestimular potenciais criminosos. Para Masson:

Atualmente, a finalidade da prevenção geral negativa, manifesta-se rotineiramente pelo **direito penal do terror**. Instrumentaliza-se o condenado, na medida em que serve ele de exemplo para coagir outras pessoas do corpo social com a ameaça de uma pena grave, implacável da qual não se pode escapar. (MASSON, 2019, p. 454).

Veja-se que, no âmbito das teorias preventivas, tanto a positiva, como a negativa, deixa evidente que seus pressupostos são direcionados para causar uma intimidação social. Na positiva, viu-se o fiel cumprimento da norma, já na negativa procura afastar aqueles que porventura ingressem no mundo do crime. Não obstante as teorias gerais apresentadas, cria-se campo para a discussão da prevenção especial. A prevenção especial vislumbra-se em positiva e negativa. Logo, a prevenção especial restringe-se ao delinquente. No que pese à prevenção especial negativa, o alvo dessa teoria é a intimidação do condenado, a fim de que não seja reincidente, bem como não volte a contrariar a lei penal.

Já no que concerne à prevenção especial positiva, a pena teria a função de ressocialização. O condenado após o cumprimento da pena estaria em condições de voltar ao convívio em sociedade, apto para interagir de acordo com os ditames legais. Portanto, a pena só teria legitimidade quando trouxesse o condenado ao seio social. Superadas as abordagens das teorias absoluta e relativas, convém demonstrar a existência da teoria mista, originada da fusão da retribuição e da prevenção. Com isso, a pena tem intuito de castigar o condenado pela prática do mal provocado, como também precaver os novos cometimentos de crimes. Por isso, a pena apresenta uma tripla divisão: retributiva, preventiva geral e preventiva especial. (MASSON, 2019).

Os primeiros e segundo capítulo desta investigação, enfrentaram as teorias de base do Direito Penal. No primeiro capítulo, estudou-se os aspectos históricos do Direito Penal, partindo das distinções de Criminologia, Política Criminal, até se adentrar no estudo da expansão do Direito Penal, de suas velocidades e escolas. No segundo capítulo, buscou-se abordar os pressupostos filosóficos do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, a partir da tese da terceira velocidade do Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo. Em seguida, a pesquisa analisou o funcionalismo penal de Günther Jakobs e as teorias das penas: absolutas x teorias relativas.

Feitas essas incursões, o trabalho ingressa no ponto referente ao debate sobre o Direito Penal no Estado Democrático de Direito e os reflexos da Teoria do Direito Penal do Inimigo na sociedade moderna. Já encaminhando para a conclusão, a pesquisa aborda as críticas ao Direito Penal do Inimigo, para, ao final, fazer uma análise à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito.

3 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de se adentrar ao estudo do Direito Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito, cabe esclarecer a sua formação evolutiva dentro do Estado de Direito. Entende-se por Estado de Direito as limitações que o Direito impõe ao Estado. Nesse sentido, as ações do Estado vinculam-se ao Direito. Consubstancia-se em estrutura hierarquizada, a qual o Estado está imediatamente abaixo do Direito. É por isso que Streck e Moraes vão dizer que:

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito* quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar lhes de uma ação abusiva do Estado. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 87).

Conforme acima citado, o Estado de Direito é caracterizado pela garantia dos direitos individuais e pela limitação dos poderes do Estado por meio do Direito. Surge para limitar o poder soberano e do povo. A doutrina Liberal constitucionalizou os direitos naturais, tornando-os juridicamente protegidos no cenário do Estado de Direito, integrando o bloco dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, André Copetti salienta que:

É importante destacar inicialmente que a concepção de Estado de Direito – versão inicial do que hoje conhecemos por Estado Democrático de Direito – não pode jamais ser destacada de um ponto de vista temporalmente condicionado, inteiramente aberto a influências de noções mutantes de Estado e de constituição, e de suas possibilidades de realização, o que importa sempre rejeitar a ideia de Estado e de constituição, e de suas possibilidades de realização, o que importa sempre rejeitar a ideia de Estado como um fim em si mesmo. (COPETTI, 2000, p. 51).

Nesse sentido, nota-se que o Direito assume um papel relevante no Estado de Direito. A noção desse conceito orienta a supremacia da lei sobre a administração. Por oportuno, ressalta-se que na sua origem germânica o Estado de Direito está na limitação do agir do Estado pelo Direito. O Estado de Direito só pode atuar frente ao que dispõe a ordem jurídica, evitando os possíveis abusos do Estado. Portanto, o autor deixa claro que o Estado de Direito não se pauta somente sob a forma jurídica, ou seja, como um limitador de poder, mas como um conjunto de direitos fundamentais. (BOBBIO, 1987).

Por conseguinte, o Estado de Direito apresenta-se, conforme citado acima, como uma barreira frente ao próprio Estado. No que diz respeito aos sistemas de proteção dos indivíduos frente às ingerências do Estado, denota-se a aclamada liberdade negativa. Tal liberdade negativa é compreendida em fazer tudo aquilo que não está proibido nas leis, sendo uma garantia de que o Estado não normatize toda a ação humana.

Essa transformação da definição de Estado de Direito gera novas estruturas de Estados, por exemplo, Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, todos oriundos de evoluções pelas quais passou o Estado de Direito. É importante frisar que o Estado de Direito e suas subdivisões são marcados pela dinamicidade, isto é, acrescenta-se e amolda-se de acordo com os eventos temporais. De acordo com Streck e Morais:

O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feito indomesticado da democracia, apresenta-se como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática - formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 99).

Afinal, conforme explicado acima, trata-se de analisar o Estado de Direito como uma evolução constante da adaptação social, que apesar de sofrer alterações, manterá sua base de direitos incólume. Daí porque os autores deixam claro que o Estado de Direito não se demonstra mais como um método normativo-jurídico limitador do poder, mas um garantidor das ordens públicas e da democracia. No plano do Estado Liberal de Direito, pode-se caracterizá-lo como uma separação entre Estado e Sociedade Civil, lastreada pelos princípios do Direito. Há uma clara garantia dos direitos individuais. Conforme Streck e Morais:

A nota central deste Estado Liberal de Direito, apresenta-se como uma limitação jurídico-negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana [...]. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 91).

Nesse aspecto, demonstra-se que o Estado Liberal de Direito é o limite encontrado pelo Estado em suas diversas funções. Trata-se da consolidação do conteúdo político na forma jurídica. Portanto, os princípios fundamentais atinentes ao

Estado Liberal de Direito são as barreiras encontradas pelo Estado no que tange à interferência na vida privada.

Com os adventos das transformações ao longo do tempo, emergiu o Estado Social de Direito tendo por conteúdo jurídico próprio os mesmos ideais do Estado Liberal de Direito combinado com a questão social, “ a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente [...]”. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 97). Para André Copetti:

Transforma-se, assim, a concepção de cidadania, passando esta do plano civil e político para a esfera social, e a ordem jurídica transforma-se em instrumento de atingimento de metas sociais concretas, dentro de uma lógica distributivista de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa. O Estado de Direito deixou, assim, de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social. (COPETTI, 2000, p. 55).

Nesse momento, a lei assume o papel das ações concretas do Estado, facilitando os benefícios ao seu personagem principal que são os grupos. Streck e Morais são precisos em seus termos quando explicam o conceito de Estado Social de Direito:

O desenrolar das relações sociais produziu uma transformação neste modelo, dando origem ao *Estado Social de Direito* que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente *questão social*, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 97).

Observa-se, contudo, desde o Estado Liberal, um crescente avanço, isto é, no Estado Liberal havia um conteúdo jurídico liberalista, já no Estado Social a sistemática das prestações positivas. Passou-se o foco do indivíduo para o grupo, até, hodiernamente, chegar à comunidade com o Estado Democrático de Direito. Por isso, Streck e Morais citam que “A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional”. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 97).

Nesse plano, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como o Estado da igualdade, transformador do *status quo* e da solidariedade. Empreende seus esforços na comunidade, não se restringe à sanção e nem à promoção dos Estados anteriores, e sim a educação. O Estado Democrático de Direito corresponde à estabilização dos direitos fundamentais mediante a sanção da anulabilidade dos atos inválidos, bem como das violações das normas constitucionais. Nessa direção, André Copetti esclarece acerca do Estado Democrático de Direito que:

Assim, vê-se que a grande novidade histórica caracterizadora do Estado Democrático de Direito, em relação aos demais modelos do passado, consiste em ter incorporado ao ordenamento positivo, transformando-os em fontes de legitimação interna de natureza constitucional, os princípios de direito natural que funcionavam como fontes de legitimação externa relativamente ao “quando” e ao “como” do exercício dos poderes públicos. (COPETTI, 2000, p. 56-57).

Sendo assim, o Estado Democrático de Direito, agregado à questão social do Estado Social de Direito, tem como premissa basilar a incorporação da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado. Nota-se que o escopo do Estado Democrático de Direito passa a ser um transformador do *status quo*, transmitindo a sociedade um símbolo de mudança da humanidade. Por conseguinte, possui carácter promocional, saindo das questões sociais e individuais, para sustentar a comunidade.

Analisadas as formações que compuseram o Estado de Direito, cabe-nos, então, voltar a atenção ao Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Logo, o Direito Penal é desenvolvido com base em princípios que balizam o seu funcionamento. Esses princípios caracterizam o limite ao poder absoluto do *jus puniendi* do Estado. (COPETTI, 2000).

Nesses moldes, para que o Estado Democrático de Direito seja considerado garantista, deve se compensar nos dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais conforme descritos por Luigi Ferrajoli: I) *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); II) *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); III) *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade); IV) *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade); V) *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade); VI) *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); VII) *nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionariedade); VIII) *nulla judicium sine accusatione*

(princípio acusatório); IX) *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); X) *nulla proobatio sine defensione* (princípio do contraditório). (FERRAJOLI, 2010).

Tais princípios correspondem às garantias almeçadas pelo Direito Penal Democrático e são resultantes dos ideais jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Os princípios acima citados são diferenciados em sua aplicabilidade, ou seja, os relacionados de I a VI são garantias penais e os seguintes vislumbram-se nas garantias processuais penais. Nesse processo, os supracitados princípios encontram-se dispostos nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Segundo Luigi Ferrajoli:

Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XXVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno *Estado de direito*. (FERRAJOLI, 2010, p. 92).

Nesse sentido, assentam-se nas premissas de um Direito Penal Democrático substancial, o qual não se coaduna com o mero rigor formalista e sim na essencialidade de dispor de meios que garantam os direitos fundamentais. A terminologia “garantismo penal” é a engrenagem que precisa o Estado de Direito para manter-se em movimento. Caracteriza-se pela legalidade, pelo poder reduzido do Estado, pela redução da criminalidade, pela sustentação da liberdade. O Direito Penal garantista parte da ideia de um Direito Penal mínimo (*ultima ratio*) em oposição ao Direito Penal máximo (*prima ratio*).

O Direito penal mínimo reflete o grau de liberdade dos cidadãos perante os arbítrios estatais, bem como estabelece a previsão de quando o Direito Penal atuará. Já no que concerne ao Direito Penal Máximo, isso não acontece, pois os cidadãos não encontram ferramentas para frear o Estado, sendo imprevisíveis os seus acontecimentos. Ferrajoli esclarece com presteza os institutos do Direito penal mínimo e do Direito Penal Máximo, assim sendo:

[...] o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal

todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

No que consiste ao Direito Penal máximo:

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza e imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

Em razão dessa diferenciação, é claro que o Direito Penal mínimo está de acordo com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a certeza do Direito Penal mínimo é de que haja a manutenção das garantias fundamentais de seus cidadãos. Em contrapartida, torna-se inoportuna a constituição de um Direito Penal máximo que se molde aos patamares de um Estado Totalitário e devastador de direitos humanos, conforme os modelos propostos pelo Direito Penal máximo.

3.1 REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Insta salientar que os reflexos do Direito Penal do Inimigo estão presentes no atual cenário jurídico. Em tópico desse trabalho, citam-se os amparos filosóficos que Jakobs introduziu em seus conceitos para sustentar a sua teoria. Todavia, o que deu mais forças para essa difusão, segundo alguns doutrinadores, foram os inúmeros atentados terroristas ocorridos pelo mundo. Leciona Conde que:

Pois não há dúvida de que acontecimentos como os atentados terroristas às Torres Gêmeas de Nova Iorque de 11 de setembro de 2001, o de dezembro de 2003 em Bali na Indonésia, o de 11 de março de 2004 na Estação de Atocha de Madri, o de 1º de setembro na Escola de Beslan, Rússia, e o de 7 de julho de 2005 no metrô de Londres, demonstraram a existência de um perigo real e a possibilidade de outros atentados de caráter massivo em qualquer país, sejam aqueles com problemas de terrorismo interno vinculado a movimentos extremistas independentes, ou aquelas mais ou menos envolvidos no conflito bélico desencadeado em razão do atentado de Nova Iorque pelo governo do presidente Bush dos Estados Unidos, ou outros países que, se supõe, oferecem apoio ou servem de base logística a grupos terroristas fundamentalistas islâmicos autores de tais atentados. (CONDE, 2012, p. 26).

Diante desse cenário, os países buscaram uma solução emergencial para proteger a população. Assim, os Estados Unidos da América, com o passar dos

ataques terroristas de 11 de setembro, por meio do presidente Bush, criaram um cenário emergencial, o qual teve denominação de Guerra Global contra o terrorismo (*Global War on Terrorism*). Tal declaração de guerra acarretou a edição do *USA Patriot Act*, que teve por função alterar quinze leis federais, bem como aumentou o poder de investigação das agências de inteligência. Conde indaga o referido Ato Patriótico:

O que é Ato Patriótico aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos poucos dias antes do atentado de 11 de setembro, e posteriormente prorrogado por tempo indeterminado, que permite a detenção administrativa e a violação de correspondência e outros dados da intimidade sem controle judicial, os Tribunais militares secretos e a suspensão de outros direitos fundamentais reconhecidos na Constituição em caso de suspeita de terrorismo?. (CONDE, 2012, p. 27).

O governo americano, ao criar a Guerra ao Terror, deixou nítido que se direcionava seus esforços contra os nominados “combatentes inimigos”. Houve mudanças das esferas de julgamentos dos processos, isto é, a competência mudou da esfera comum para ser analisada pela esfera militar. Nesse viés, os órgãos de acusação e julgamento pertenciam ao governo norte-americano, tornando o processo anormal e sem o respeito ao devido processo legal. Essa visão, que se tinha dos terroristas como combatentes inimigos, tem a finalidade única de retirá-los da proteção das garantias fundamentais, bem como afastá-los do Direito. (MORAES, 2008). Moraes entende que:

Símbolos dessa política criminal americana são evidentemente o ‘Combatente Inimigo’ e o *Patriot Act*. O estatuto do ‘combatente inimigo’ permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o *Patriot Act* corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livro. (MORAES, 2008, p. 236).

Em virtude do atentado de 11 de setembro de 2001, o presidente George W. Bush destinou os ‘combatentes inimigos’ presos no Afeganistão e no Iraque à prisão de Guantánamo, localizada na ilha de Cuba. Nesse local ocorreram as mais severas violações de direitos humanos. As torturas eram frequentes e os presos não dispuseram de um devido processo legal. Muitos tiveram sua liberdade restringida em

face de serem pertencentes a grupos como Taliban e Al-Qaeda. Por oportuno, assemelha-se às técnicas de tratamento da prisão de Guantánamo à prisão de Abu Ghraib, localizada em Bagdá, no Iraque. Tal prisão, com a investida das forças americanas em 2003, passou a ser gerida pelos Estados Unidos da América. Segundo Conde:

E como exemplo do recorte das garantias processuais, seguindo os exemplos dos preceitos estabelecidos no Ato Patriótico dos Estados Unidos que permitem ao FBI, sem controle judicial, deter cidadãos, ou reunir dados das empresas sobre a intimidade de seus clientes e trabalhadores e outras muitas violações de direitos fundamentais, estão as medidas excepcionais de detenção administrativa por tempo indeterminado para estrangeiros suspeitos de terrorismo na Inglaterra [...]. (CONDE, 2012, p. 41).

Com as devidas atrocidades dessas prisões e com um grande distanciamento dos direitos estabelecidos em convenções internacionais, como a Convenção de Genebra, a prisão de Guantánamo teve suas atividades suspensas no governo do presidente Barack Obama em 2009, o qual declarou que não prosperaria mais as violações da convenção anteriormente citada. Ademais, a prisão iraquiana de Abu Ghraib foi administrada pelos Estados Unidos da América até o ano de 2006. Teve ordens para ser demolida, porém, atualmente, está sob os cuidados do governo de Bagdá, sob a denominação de Prisão Central de Bagdá.

Em vistas dos acontecimentos relatados, é de grande valia analisar o quão a Teoria do Direito Penal do inimigo se estabeleceu e criou forças com esses acontecimentos. A supressão de garantias, a falta de provas e a dicotomia estabelecida entre cidadãos e terroristas (combatente inimigo) são próprias do Direito Penal do autor. Como se isso não bastasse, há casos como *Rumsfeld v. Padilla* que relatam casos de violação processual e aplicação de um Direito específico para o “inimigo” dos Estados Unidos. Caso como o de *Rasul e outros v. Estados Unidos* que se pleiteava a ordem de *habeas Corpus* de detidos em Guantánamo. Caso *Hamdan v. Rumsfeld* por violações a Convenção de Genebra. (CONDE, 2012). Na Espanha, Francisco Muñoz Conde assevera que é notório o emprego da teoria de Jakobs, porque ela foca mais no autor que no injusto cometido. Assim:

Alguns exemplos deste Direito Penal do Inimigo, mencionado por Jakobs, podem ser vistos refletidos nos novos preceitos sobre habitualidade, rufianismo e tendência à pornografia com a utilização de menores de idade ou inclusive de sua voz ou imagem deturpada, introduzidos no Código Penal

de 2003 patrocinadas pelo parlamento, base de apoio do presidente Aznar. Efetivamente, estes preceitos parecem se referir mais a determinados tipos de sujeitos que aos atos que realizam, fazendo recair o centro da gravidade da intervenção penal, em sua forma de vida ou em suas tendências ou inclinações. A posição do legislador espanhol nas reformas de 2003, para estes sujeitos, reflete uma política criminal de cunho conservador e reacionário, muito disseminada como uma das principais tendências político-criminais de finais do século XX: a ideia da chamada “tolerância zero”. (CONDE, 2012, p. 42).

Contudo, é frequente em legislações atuais os pressupostos do Direito Penal do Inimigo. Logo, a preocupação com esses reflexos é evidente, uma vez que assola especialmente as sociedades modernas. Ainda Conde diz que:

O tráfico de drogas, o terrorismo e o fantasma da criminalidade organizada têm sido os problemas que vem dando lugar a um Direito Penal Excepcional que muito bem poderia ser qualificado como Direito Penal do Inimigo. São estes delitos e seus autores, a principal preocupação dos governos atuais, que procedem da forma mais dura e eficaz possível para combatê-los, inclusive além dos parâmetros admissíveis no Estado de Direito. (CONDE, 2012, p. 43).

Tais sociedades são marcadas por pessoas que não se integram ao sistema de valores e padrões de condutas ora perpetrados. Com base nesses fatores que Jakobs sustenta sua tese. Hodiernamente, esses tipos de delitos são desprezados na visão de Jakobs, pois ele direciona sua teoria nos tipos de sujeitos que cometem os injustos. Busca-se, com isso, o acionamento do *jus puniendi* na forma de vida do delinquente e nas suas tendências e inclinações.

No Brasil, a doutrina cita alguns exemplos acerca da aplicabilidade do Direito Penal do inimigo. Gomes e Cervini relatam a política repressiva desencadeada no país:

(a) Incremento de penas (penalização); (b) restrição ou supressão de garantias do acusado. A lei dos crimes hediondos e, agora, a lei de ‘combate’ ao crime organizado, dentro outras, são expressões desse modelo exclusivamente ‘dissuasório’, isto é, modelo que confia na “força ameaçadora da lei” (na linha de coação psicológica de Feurbach). (GOMES e CERVINI, 1995, p. 27).

Com a criação de novas leis penalizadoras faz surgir o fenômeno da hipertrofia legislativa. Assim, criam-se leis para as novas demandas penais e com o intuito de minimizar a nova criminalidade organizada. São exemplos de institutos jurídicos que foram introduzidos no ordenamento pátrio: Lei nº 6.368/76 (Lei dos Tóxicos), Lei nº

7.210/84 (Lei de Execução Penal), Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro), Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos) e Lei nº 10.826 (Estatuto do Desarmamento). São legislações que buscam atender o combate aos novos delitos que se constata na sociedade.

Um ponto que merece destaque é atinente à Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), qual relata em seu texto o puro Direito Penal do inimigo. Destaca-se que ela não se preocupou com o fato cometido e sim com a forma de vida do autor. Individualiza o preso pela suspeita de ter se envolvido ou participado de organização criminosa ou quadrilha. Portanto, a mera presunção de estar ligado a uma dessas organizações, já se tem uma culpa presumida e deve ser aplicado o Regime Disciplinar Diferenciado.

3.2 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

As críticas pelas quais passam a teoria do Direito Penal do inimigo são encontradas nos mais diversos penalistas pelo mundo. No entanto, Zaffaroni, Meliá e Conde são contumazes em não aceitar os precedentes teóricos que Jakobs cita em sua teoria. Buscou-se, na palestra realizada em 14 de agosto de 2004, em São Paulo, por Raul Eugênio Zaffaroni os fundamentos que procuravam desconstruir a tese invocada por Jakobs. (MORAES, 2008).

Em síntese, sem o intuito de esgotar o assunto da conferência ministrada por Zaffaroni, insta discorrer acerca das ideias principais. Nesse sentido, destaca o professor argentino que a teoria não conta com limites, regendo-se pela sistemática do Estado de polícia, em sinônimo violador do Estado de Direito. O sistema penal está constantemente procurando por um inimigo. Este inimigo é um ser inferior, um animal, que ainda não evoluiu. A vítima, em determinado momento, era o Estado. Assim, reduziu o foco na verdadeira vítima do delito. Conclama que o atual Direito Penal é puro discurso, promocional e emocional, sendo que sua finalidade é demonstrar a dor da vítima nos mais diversos meios de comunicação. (MORAES, 2008).

Zaffaroni atento e preciso em sua análise observa que na antiguidade morreram pessoas em nome de Cristo por se tratarem de inimigos. Os Estados Unidos da América promoveram uma 'cruzada' para achar um inimigo, ou seja, o presidente

George W. Bush antes de declarar guerra ao Iraque, viu em Saddam Hussein um inimigo. As prisões americanas possuem a finalidade de angariar empregos no sistema carcerário, informa que são 5 milhões e 300 mil presos e que o quantitativo de trabalhadores supera os 6 milhões. Por conseguinte, entende que os americanos possuem uma máquina de fabricar dólares, isto é, o sistema prisional. (MORAES, 2008). Para o professor Moraes, ao analisar as palavras do mestre Zaffaroni, aduz que:

Com o amparo de tais premissas, entende Zaffaroni que a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício desse tipo de poder punitivo. Nesses termos, o Direito Penal surgiria como solução para aniquilar o inimigo, servindo tal discurso como remédio utilizado pelo político demagogo. Além disso, continua o autor, na atualidade o Direito Penal tornou-se um produto de mercado, um “puro discurso publicitário”. (MORAES, 2008, p. 249).

Assim sendo, Zaffaroni evidencia sua discordância à Teoria do Direito Penal do Inimigo. Não é à toa que tal conferência levou o título de “Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do inimigo”. No mesmo norte, o professor Luiz Flávio Gomes assim fez comentários das críticas aduzidas por Zaffaroni na referida palestra: na presente teoria é evidente o Direito Penal do autor, o qual pune o inimigo não pelo fato cometido, e sim pelo que ele é, indo de encontro ao Direito penal do Autor que se sustenta no fato praticado. Ainda, ressalta que tal interpretação do inimigo, foi nos moldes que ocorreu durante o nazismo, quando havia distinções entre os “puros” e os “impuros”. (GOMES, 2004).

Gomes enfatiza que o Direito Penal do cidadão é sem sentido, pura oposição em seus termos e que não corresponde aos ditames de uma Constituição democrática. Tão logo, o Direito Penal do inimigo é um ‘não Direito’ que se visualiza em todos os ordenamentos jurídicos. Na estrita análise da teoria, não se vê a culpabilidade do delinquente sendo debatida e sim a periculosidade, ou seja, penas e medidas de segurança se confundem. (GOMES, 2004).

Para o estudioso brasileiro, (qual, cidadão ou inimigo) é um Direito Penal prospectivo e não um Direito Penal pretérito. Não há proporcionalidade em suas penas, não segue o devido processo legal e sim um procedimento de guerra afrontador do Estado de Direito. Há constantes supressões de garantias penais e processuais, como também discricionariedade na criação e aplicação das penas. Não

há como negar que se estabeleceu do Expansionismo Penal, fruto da Hipertrofia legislativa presente no atual sistema penal. Revela-se, nada mais, que o Direito penal simbólico, que se justifica, apenas, como a pronta resposta aos anseios políticos e da sociedade. (GOMES, 2004).

Cabe demonstrar, na esteira de Gomes, que a manutenção dos ideais do Direito Penal do Inimigo se enrijece, à medida que ocorreu o consenso entre a esquerda e a direita punitivas. Sendo assim, a esquerda repelia a “maré” punitiva da direita. Não obstante, atualmente, houve o alinhamento dos pensamentos punitivos e a consubstanciação do Direito Penal emergencial. Não se pode argumentar que o “inimigo” coloque em risco a estrutura do Estado e sim bens jurídicos, os quais não são analisados no âmbito dessa teoria. (GOMES, 2004).

No peso da doutrina de Gomes, sua orientação é pela inconstitucionalidade da teoria de Jakobs, pois acredita que se o inimigo é tratado como criminoso de guerra, abre precedente para o mesmo questionar a legitimidade do sistema. No entanto, quando o criminoso infringe a norma penal deve manter sua condição de pessoa e ter sua conduta analisada de acordo com as garantias fundamentais e não como um ato de guerra. (GOMES, 2004).

Em razão das afrontas da teoria em comento, Conde, um dos críticos de destaque de Jakobs, segue na mesma linha de raciocínio de Gomes. Logo, adverte, corroborando com os estudos do italiano Giorgio Agamben, o qual discorre da distinção amigo-inimigo de Carl Schmitt, que a teoria proposta é insustentável com o Estado de Direito. Reitera que a distinção que Jakobs faz de cidadão e inimigo já foram objeto de atrocidades no passado:

[...] uma das características dos regimes nazista e fascista foi a separação do homem como simples “vida nua”, mera coisa viva sem dinheiro, e o homem como cidadão, como ser político e titular de direitos. Além disso, tal distinção foi levada a cabo como um critério biopolítico, determinado pelo sangue e pela herança genética. Era este dado biológico que caracterizava a raça ariana e, com ela, o alemão puro frente ao não-alemão pertencente a “raças inferiores”. A primeira consequência desta distinção foi, já em abril de 1933, a lei para a depuração da função pública de indivíduos judeus, mas sobretudo as leis de Nuremberg de 1935, pelas quais se privava os judeus alemães fora da nacionalidade alemã, rebaixando-os à categoria de sujeitos de segunda classe, proibidos de se casarem com pessoas da raça ariana; e ter relações sexuais com tais pessoas foi tipificado como delito de “ultraje à raça”. (CONDE, 2012, p. 58-59).

Além dos dados discriminatórios citados acima, explica Conde que o que deixou em evidência esse período foi o caráter eugênico de análise das pessoas. Utilizavam-se medidas esterilizadoras para os que possuíam doenças hereditárias, adotava-se a eutanásia para doentes mentais e em fases terminais. Assim, fazendo uma analogia ao Direito Penal do inimigo que sustenta a diferença de pessoas e inimigos, Conde conclui que:

Tudo isso acompanhado, ademais, por leis e medidas policiais para a erradicação dos não sociais, marginalizados sociais, delinquentes habituais, alcoólatras, homossexuais etc., consolidadas em um projeto de lei para o tratamento dos que eufemisticamente foram denominados “estranhos” e também “inimigos da comunidade”. (CONDE, 2012, p. 59).

Por conseguinte, em virtude da sustentação de Jakobs em sua teoria, Conde destaca que o efeito das leis que separavam pessoas de inimigos demonstrou um retrocesso da humanidade aos tempos sangrentos. Aliás, comenta que o auge dessa biopolítica nazista foi aplicada nos campos de concentração, local destinado aos impuros, judeus, ciganos, poloneses, ucranianos e russos. Também, encontravam-se nesses locais aqueles que perdiam sua dignidade como alemães, bem como os que pela forma de vida que mantinham eram destoantes da raça dominante. Seguiu nesse sentido, uma política disseminadora de ódio contra a raça divergente da proposta por Hitler. (CONDE, 2012).

No que tange aos campos de concentração, os que mais se destacaram pela crueldade estabelecida pelo regime nazista foram os campos de Auschwitz e Dachau. O primeiro cuidava de eliminar os prisioneiros e o segundo utilizava as pessoas para práticas de experimentos científicos. Logo, todos que se encontravam nesses campos de concentração eram considerados, segundo exemplo de Agamben, como “vida nua”, ou seja, desprovidos de direitos fundamentais e considerados não pessoa. Não havia regra jurídica, pois a única que imperava era a do Führer, única fonte de criação da lei. Portanto, Conde critica Jakobs pela proximidade com esse Direito Penal de exceção que ceifou inúmeras vidas em consequência da distinção de pessoas e não pessoas, como também pela adoção dos métodos do penalista alemão Mezger. (CONDE, 2012).

Em relação ao jurista espanhol Manuel Cancio Meliá, o qual minutou um prólogo com Jakobs, no livro *Direito Penal do Inimigo: Críticas e Razões*, importantes

suas críticas acerca do Direito Penal do inimigo. Meliá, inicialmente, esclarece que, nos últimos anos, ocorreram inúmeras mudanças no ordenamento jurídico, sendo que se partiu de uma posição metodológica, para uma desprovida de técnica. Assim deixou de seguir um procedimento mais rigoroso para definir o que a realmente era necessário para se adequar a real política-criminal:

[...] pode-se afirmar que nos últimos anos os ordenamentos penais do mundo ocidental têm começado a experimentar um desvio que os conduz, de uma posição relativamente estática, dentro do núcleo duro do ordenamento jurídico – em termos de tipo ideal: um núcleo duro no qual iam se fazendo adaptações setoriais com todo o cidadão, e no qual qualquer mudança de direção era submetida a uma intensa discussão política e técnica prévia – na direção de um lugar arriscado na vanguarda do dia a dia jurídico político, introduzindo-se novos conteúdos e reformando-se setores de regulação já existentes com grande rapidez, de modo que os assuntos da confrontação política cotidiana chegam em prazos cada vez mais breves também ao Código Penal. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 73).

Essa dinamicidade que assola o Direito Penal, são reflexos dos eventos das Sociedades de Riscos de Ulrich Beck e do Expansionismo Penal de Sánchez. Meliá adianta que a teoria do Direito Penal do inimigo descreve, no cenário contemporâneo, a realidade que é encontrada no ordenamento penal. Infere que se deve tratar tal teoria somente pelo nome e que nada sustenta no âmbito do Direito positivado. Para os autores, “Entretanto, como Direito positivo, o Direito Penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: Direito Penal do cidadão é um pleonasma; Direito Penal do inimigo, uma contradição em seus termos”. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 74).

No plano do estado atual da política criminal e da expansão do Direito Penal, Meliá apresenta de forma categórica que o surgimento de novos tipos penais aumenta o fluxo da atividade legislativa. Atenta-se, para esse aumento de novas leis, o descaso dos bens jurídicos penais clássicos em face da criminalização no estado prévio. Com a necessidade de novas leis penais combinadas com o aumento da criminalidade, dá-se lugar ao Direito Penal do risco. Meliá alerta que:

Resumindo: na evolução atual, tanto do Direito Penal material, como do Direito Penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais. Simplificando muito, provavelmente em excesso, este é um primeiro ponto de partida da situação político-criminal que cabia situar temporalmente nos anos 80 do século XX e que suscita o que poderia denominar-se a própria crise do Estado Social em matéria criminal. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 76-77).

A consequência vista por Meliá no que concerne à problemática expansiva não se trata isoladamente, pois como relata o autor, os fenômenos expansivos estão atrelados ao Direito Penal simbólico e ao ressurgir do punitivismo base norteadora do Direito penal do inimigo. Meliá aguça que o Direito Penal simbólico caracteriza pela impressão de levar tranquilidade aos cidadãos acerca do avanço criminológico. Portanto, o legislador quer se mostrar preocupado e atento aos anseios sociais. (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

No viés do ressurgir do punitivismo, Meliá reitera que só o Direito Penal simbólico não bastaria para alavancar o contexto evolutivo. Assim, torna-se necessário que haja processos de criminalização rígidos e de pronta resposta, nos moldes dos tempos pretéritos. Basta que se coadune o plano simbólico das normas com o incremento do punitivismo. Nesse interim, Meliá desenvolve que:

Entretanto, reconduzir os fenômenos de expansão que interessam de modo global só a estas hipóteses de promulgação de normas penais meramente simbólicas, não atenderia ao verdadeiro alcance da evolução. Isto porque o recurso ao Direito Penal não só aparece como instrumento para produzir tranquilidade mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não ser aplicadas, mas que, em segundo lugar, também existem processos de criminalização à moda antiga, isto é, processos que conduzem a normas penais novas que sim são aplicadas ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes. Deste modo, inverte-se o processo havido nos movimentos de reforma das últimas décadas, em que foram desaparecendo diversas infrações. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 81-82).

Em razão desses fatores, é nítido que a realidade do Direito positivo é da reação com firmeza contra a criminalidade, com o escopo de prever as condutas em normas. Meliá clarifica que punitivismo e Direito penal simbólico são inseparáveis, ou seja, cria-se a lei e juntamente a resposta pelo seu descumprimento. Aliás, descreve que o Direito Simbólico identifica um fato determinante e um tipo de autor, excluindo-o dos demais. Logo, a norma penal já traz insculpida a falta de estratégia política, pois foram feitas às pressas, como também corrobora na exclusão daqueles que violam a norma. Por isso, Meliá faz esse paradoxo antes de suscitar os ideais da teoria de Jakobs, pois demonstra que a combinação do Direito Penal simbólico com o punitivismo são a resultante da Teoria do Direito Penal do inimigo. (CONDE, 2012).

Meliá, na sustentação de sua crítica à teoria de Jakobs, chega às seguintes afirmações: o Direito Penal do inimigo não é Direito Penal; não corresponde ao Direito

penal do fato e sim Direito Penal do autor; antecipação da punibilidade; ordenamento jurídico prospectivo; penas desproporcionais altas; garantias processuais são relativizadas ou suprimidas; não há clareza se é um método descritivo ou afirmativo; sua tendência é de guerra ao inimigo; referida teoria só se pode ser aplicada de forma parcial com a realidade; há uma espécie de “cruzada” contra os supostos inimigos e trata-se de inimigos no sentido pseudo-religioso ao invés do tradicionalmente contexto militar de inimigo. (JAKOBS e MELIÁ, 2018). Dessa exposição sintética de Meliá, observa-se que:

Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de combate da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo, ou dito de outro modo, o Direito Penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento. Esse significado simbólico específico do Direito Penal do inimigo (ou paternidade do Direito Penal simbólico, que tem-se perdido de vista diante do predomínio do discurso político criminal pretendidamente instrumental – defensivista). (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 98).

Oportuno destacar que quando se fala em Direito Penal do inimigo, deve se ter em mente que ele não é considerado politicamente correto frente ao verdadeiro Direito Penal ou às técnicas político-criminais. Argumenta-se que o Direito Penal do inimigo não se coaduna com os paradigmas de segurança e efetividade em que insistem as teses defensivas dos políticos. Por isso, tal teoria não corresponde, de forma alguma, com a realidade dos delitos. Sendo assim, nada mais é do que um caminho transitável pela dogmática penal.

Não se deve ponderar que o Direito Penal do inimigo é integrante do Direito Penal. Por conseguinte, não há espaço para tal conceito no ordenamento atual, porque o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas e sim exclui da sociedade determinadas pessoas (inimigos) e como, já balizado anteriormente, trata-se de um Direito Penal do autor, insustentável no Estado de Direito. (JAKOBS e MELIÁ, 2018). Ainda na contradição de Meliá à teoria de Jakobs, demonstra o autor que:

É sabido que precisamente Jakobs representa uma teoria do delito e do Direito Penal na qual ocupa um lugar proeminente – dito de modo simplificado, é claro – o entendimento do fenômeno penal como pertencente ao mundo do normativo, dos significados, em oposição ao das coisas. Desta perspectiva, toda infração criminal supõe, como resultado especificamente penal, a quebra da norma, entendida esta como a colocação em dúvida da vigência dessa norma: a pena rege frente a esse questionamento por meio

do delito reafirmando a validade da norma; prevenção geral positiva. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 104).

Um dos requisitos da teoria de Jakobs é a expectativa da vigência da norma. Clara violação da norma penal, faz com que a sanção penal esteja presente. Não obstante, é nítido o punitivismo que se deposita na prevenção geral positiva. Meliá cita o exemplo da exclusão da personalidade e da negativa do acusado poder se manifestar em contrário ao que lhe é imputado, mostrando a adesão dos afastados do Direito à “sociedade mafiosa” ao invés da “sociedade civil”, assim:

[...] Direito Penal do inimigo está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídica-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito Penal do inimigo. Precisamente a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal normal. (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 104).

Diante dos fundamentos críticos de Meliá, em concisa análise, entende-se que o Direito Penal do inimigo se exclui com a teoria da pena. Há trocas de paradigmas contrários aos estipulados no Direito penal Clássico, sendo que torna o Direito Penal do inimigo disfuncional. Não se preocupa com a estipulação de bens jurídicos ou sequer da Política Criminal, foca no delinquente apenas pela afronta à vigência da norma, mostrando o Direito da Periculosidade em evidência. Devido a isso, mostra-se o Direito Penal do autor ocupando o espaço do Direito Penal do fato, este essencial no Estado de Direito. Portanto, o Direito Penal do inimigo não é compatível com o Direito Penal do fato. (JAKOBS e MELIÁ, 2018).

Em suma, a Teoria do Direito Penal do Inimigo não se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito, que assegurou garantias e direitos fundamentais ao acusado, como premissa de um Direito Penal do fato e não do autor (inimigo).

3.3 OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Feitas as considerações atinentes à teoria do Direito Penal do inimigo, destaca-se, nesse momento, a importância de analisar os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, tanto os que direcionam o direito material, quanto o

processual. Conforme citada em tópicos anteriores, a teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, é uma das responsáveis pela consubstanciação dos direitos mínimos no Estado de Direito. Nesse sentido, Masson entende que essa teoria é considerada a “Bíblia” dos estudos garantistas. Cabe lembrar que:

Trata-se de modelo universal - e por razão se transforma em uma meta a ser alcançada pelos operadores do Direito – destinado a contribuir com a moderna crise que assola os sistemas penais, desde o nascedouro da lei até o final do cumprimento da sanção penal, atingindo inclusive particularidades inerentes ao acusado depois da execução penal. Engloba, assim, diversas fases: criação da lei penal, com eleição dos bens jurídicos tutelados, validade das normas e princípios do direito e do processo penal, respeito pelas regras e garantias inerentes à atividade jurisdicional, a regular função dos sujeitos processuais, as peculiaridades da execução penal etc. (MASSON, 2019, p. 80-81).

Dentro desse conteúdo garantista, sabe-se que os direitos almejados pela referida teoria, não são capazes na sua totalidade de serem concedidos. Logo, é possível desmembrar alguns dos princípios do Garantismo Penal presentes no Estado de Direito, os quais são armas para a crise atual, porém sem o intuito, é claro de esgotá-los. Antes de se entrar na especificidade de cada princípio, é preciso trazer uma definição consoante os postulados do Direito Administrativo, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2002, p. 807-808).

Em vista dessa definição de princípio, fica claro que eles têm a função de orientar e estipular os limites do poder punitivo do Estado. Desses princípios, não se pode deixar de lado o princípio da dignidade humana, que tem por escopo sustentar o Estado Democrático de Direito. Ainda Capez:

Dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam

um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta. (CAPEZ, 2015).

Por isso, no âmbito do Direito Penal, é possível destacar princípios derivados da dignidade humana, os quais servem de controle da atuação dos Estados. Dessa limitação vislumbrada nos princípios, não são todos os bens jurídicos que merecem a proteção do Direito Penal. Por isso, os princípios estipulam os devidos limites, dentre os quais: da legalidade (ou da reserva legal); da anterioridade; da retroatividade da lei penal benéfica e da humanidade. (NUCCI, 2019)

Na doutrina penalista, é possível encontrar inúmeras classificações quanto aos princípios. Todavia, a pesquisa adota a proposta classificatória de Guilherme de Souza Nucci e de Cléber Masson, penalistas em evidência no Direito Penal. Em relação aos princípios, o princípio da legalidade ou da reserva legal significa que somente se considera crime, quando houver tipificação legal. Logo, só podem ser criados pelo Poder Legislativo.

Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. (MASSON, 2019, p. 20-21).

O princípio da anterioridade resulta na necessidade de existir, anteriormente, uma norma jurídica que tipifique a conduta como criminosa. Nota-se, também, que o princípio da anterioridade não anda desacompanhado do princípio da legalidade, pois estabelece primeiro o que é crime, para posteriormente aplicar a sanção penal. (NUCCI, 2019). Masson ainda cogita acerca do chamado princípio da bagatela ou da criminalidade de bagatela, o qual tem raízes no Direito Romano, limita-se, contudo, no Direito Privado. Busca respaldo no brocardo *de minimus non curat praetor*, isto é, os órgãos julgadores e os acusadores não devem se pautar por assuntos sem importância para o Direito Penal. (MASSON, 2019).

O princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, estabelece que, se há uma lei nova que não seja prejudicial ao acusado, deve-se retroagir com o benefício da lei e considerá-la como norteadora do injusto penal. Não obstante, tal princípio encontra-se conceituado como da irretroatividade da lei penal, fazendo o sentido

contrário da retroatividade, mas sempre mantendo o benefício da lei nova. O princípio da humanidade buscar resguardar o direito de todas as pessoas de maneira igualitária, sem deixar margens para abusos ou violações. (NUCCI, 2019).

Os princípios da personalidade (responsabilidade pessoal) e da individualização da pena são atinentes aos indivíduos. Assim, o princípio da personalidade diz que a punição aplicada ao delinquente não deve passar de sua pessoa. Logo, o princípio da individualização da pena esbarra na premissa de que a pena não deve seguir um único padrão. A cada delinquente se aplica uma pena pelo fato cometido.

Por derradeiro, pode-se contar com princípios implícitos nas normas constitucionais. Nesse aspecto, em relação à atuação do Estado, implicitamente encontram-se os seguintes princípios, como: da intervenção mínima – desdobrado em subsidiariedade; fragmentariedade e da ofensividade –; da taxatividade; da proporcionalidade e da culpabilidade. (NUCCI, 2019).

O princípio da intervenção mínima e seus desdobramentos - subsidiariedade; fragmentariedade e ofensividade – significam que o Direito Penal não deve interferir em excesso na sociedade. Nesse sentido, a lei penal deve ser utilizada como último recurso (*ultima ratio*) e não como ocorre na adoção da Teoria do Direito Penal do inimigo como fator primordial de punibilidade (*prima ratio*). Nucci colaciona que:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos. (NUCCI, 2019, p. 28).

Diante disso, nota-se que o Direito Penal deve ser utilizado subsidiariamente as demais seções do Direito. Dessa forma, em não sendo conquistada a paz social, deve-se, então, buscar a força do Direito Penal para manter a ordem violada. Em relação aos seus princípios paralelos, a fragmentariedade se traduz na leitura de que nem todas as violações dos bens jurídicos são objeto de preocupação do Direito Penal. Nessa linha, Masson dispõe que:

Estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. Em resumo, todo ilícito penal será também ilícito perante os demais ramos do Direito, mas a recíproca não é verdadeira. (MASSON, 2019, p. 43).

Portanto, o Direito Penal mantém seu foco centrado nos crimes mais graves. Noutra plano, mas na mesma linha do princípio da fragmentariedade, o princípio da ofensividade (ou da lesividade), baseado na intervenção mínima, busca sopesar aqueles crimes com lesão extrema aos bens juridicamente tutelados pela norma penal. (NUCCI, 2019).

Ainda acerca dos princípios implícitos, encontram-se a taxatividade e a proporcionalidade. A taxatividade consiste no pressuposto de que as condutas típicas devem ser transparentes e de linguagem compreendida por todos os cidadãos, pois não poderá deixar vago ou sem sentido o que a norma pretende proteger. Já o princípio da proporcionalidade serve para dar alicerce ao quantitativo da pena a ser aplicada, quando da violação da norma. É precisamente dessa linha de raciocínio as penas desproporcionais e desarrazoadas, a pena tem que ser na proporção do delito cometido. (NUCCI, 2019).

Por oportuno, apresenta-se como um princípio implícito o da vedação da dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*). Este princípio garante que aquele já punido por um fato, não poderá ter a punição novamente aplicada. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e consagrado no art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica. (MASSON, 2019). Logo, Nucci explica esse princípio de forma concisa:

Quer dizer que ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal. Tal garantia está prevista, implicitamente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, n.4). se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas (princípio processual da vedação do duplo processo pelo mesmo fato), é lógico não ser admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito. (NUCCI, 2019, p. 32).

O Estado mantém sua vigilância no momento da aplicação da pena e também na hipótese de existir mais de um processo apurando o mesmo fato (litispendência). Outro princípio implícito que merece destaque é o princípio da culpabilidade. O referido princípio adota a tese de que somente será violada a norma penal quando for constatada a culpa ou dolo. Nucci diz que o princípio da culpabilidade:

O princípio da culpabilidade encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição, justamente porque não se pode, num Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) e simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente. Haveria flagrante intervencionismo estatal na liberdade individual caso fosse possível padronizar esse entendimento. Na ótica de Jescheck, o princípio da culpabilidade serve, de um lado, para conferir a necessária proteção do indivíduo em face de eventual excesso repressivo do Estado, fazendo com que a pena, por outro, circunscreva-se às condutas merecedoras de um juízo ético-social. (NUCCI, 2019, p. 33).

Ademais, o princípio da culpabilidade demonstra a relação entre a existência ou não de dolo ou culpa. Assim, só pode ser considerado crime, se a conduta do agente for balizada pelo dolo ou pela culpa. Portanto, após análise dos princípios penais do Estado Democrático de Direito, é de suma importância demonstrar que a teoria do Direito Penal do inimigo afronta as expectativas principiológicas citadas. Princípios que norteiam a conduta humana devem ser mantidos no Estado de Direito e o Direito Penal do inimigo, se assim pode ser chamado, deve ser extirpado dos ordenamentos jurídicos, a fim de que não se repita as atrocidades que em tempos pretéritos ocorreram.

Em relação ao exposto, cabe salientar que a Teoria do Direito Penal do Inimigo vai de encontro aos princípios do Estado Democrático de Direito, porque afronta o princípio da legalidade, quando cria dois polos distintos de Direito Penal; afronta o princípio da anterioridade, pois a aplicação de tal direito, refuta as normas em vigor, criando um Direito emergencial e simbólico; afronta o princípio da humanidade, pois estabelece uma despersonalização do delinquente, tornando-o uma não pessoa e sim um inimigo do Estado; afronta sorrateiramente o princípio da personalidade, isto é, não deixa fixado o *quantum* de pena e estabelece medidas de segurança indeterminadas.

Ademais, constata-se violações atinentes aos princípios da intervenção mínima do Direito Penal, característica do Direito Penal mínimo, lastreada pelo controle absoluto do Direito Penal, sem ao menos ver analisados os crimes em áreas menos gravosas ao delinquente. No plano do princípio da proporcionalidade, não há dúvidas de que tal teoria supere tal princípio, porque as penas direcionadas aos cidadãos e aos inimigos são desproporcionais e desarrazoadas. Por conseguinte, a supracitada teoria de Jakobs é norteadada pelo Direito Penal do autor, o qual despreza na totalidade

o princípio da culpabilidade, pois foca no perigo, na previsibilidade e na periculosidade do criminoso, o que não se coaduna com os pressupostos do Direito Penal do fato, base do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O estudo do presente trabalho teve por escopo demonstrar a incompatibilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo frente às garantias do Estado Democrático de Direito. Logo, essa teoria mostra-se em desacordo com os princípios do Estado de Direito, como também carece em sua essencialidade de Política Criminal. Os estudos demonstram a tese adotada por Jakobs em clara concepção do Direito Penal do autor, focado na periculosidade e não na culpabilidade do Direito Penal.

Em relação ao primeiro capítulo, foi realizado uma profunda análise do histórico do Direito Penal até chegar aos dias atuais. Nesse sentido, foi possível analisar a função que a Criminologia e a Política Criminal têm para a consubstanciação da ciência do Direito Penal, ou seja, a necessidade dessas áreas manterem-se em sintonia, a fim de que apoiem a edição de leis em compasso com o sistema penal. Logo, analisou-se a onda expansionista que assola o Direito Penal. Esse crescimento que deriva do advento de novos fenômenos criminológicos e da edição de leis simbólicas, traz à baila a discussão atinente às velocidades do Direito Penal insculpida na doutrina de Sánchez.

As velocidades suscitadas puderam nos mostrar o quanto o Direito Penal passou por mudanças em seus preceitos. Com isso, as velocidades do Direito Penal apresentadas por Sánchez, coadunam-se em duas: a primeira correspondendo aos dogmas do Direito Penal Clássico e a segunda considerada como uma relativização da primeira, ou seja, uma alternativa a pena privativa de liberdade por outras medidas menos danosas. No plano da terceira velocidade, Jakobs enaltece sua teoria do Direito Penal do inimigo, como sendo uma linha que agrega os conceitos da primeira e da segunda velocidades.

Por conseguinte, essa terceira velocidade caracteriza-se pela atualização do Direito Penal Clássico pelo Direito Penal moderno, o qual é a relativização dos princípios político-criminais e das regras das penas privativas de liberdade. Em razão dessa análise das velocidades que perpassaram o Direito Penal, citou-se a contribuição das Escolas Penais no decorrer dos tempos. Abordaram-se a Escola Clássica, a Escola Positiva e a Terceira Escola. O sentido do estudo das escolas foi

precisar com maestria como os avanços contribuíram até chegar no Direito Penal do inimigo, seus reflexos e suas idealizações.

Em consequência, no segundo capítulo foi analisado os pressupostos filosóficos que deram sustentação a criação da teoria do Direito Penal do inimigo de Jakobs. A busca pela base filosófica determinou qual o alinhamento o penalista alemão sustentou sua tese. Em razão da compreensão filosófica das bases do Direito Penal do inimigo, foi visto que Jakobs inseriu em sua teoria as técnicas do funcionalismo de Niklas Luhmann, que acredita que o sistema pode se autogerir sem interferências de outras áreas (autopoiese).

Após, discorreu-se acerca das teorias das penas que basearam os estudos de Jakobs. Assim, debateu-se as Teorias Relativas e as Teorias Absolutas com o viés de entender o que realmente Jakobs entendia quando elaborou sua teoria no plano da Prevenção Geral positiva. Portanto, notou-se que sua ideologia busca a vigência e a expectativa da norma, sem ter um retrato do objetivo do Direito Penal clássico quando se tutela o bem jurídico penal.

Nesse raciocínio, no terceiro capítulo foi demonstrado o Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Passou-se, primeiramente, por um contexto introdutório para entender as ramificações e as evoluções do Estado de Direito até chegar ao foco de análise, o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, foi demonstrado os reflexos do Direito Penal do inimigo na sociedade moderna. Tais reflexos, buscaram angariar meios que justifiquem a presença dos riscos da supracitada teoria.

Posteriormente, buscou-se críticas ao Direito Penal do inimigo, para fins de comprovar a sua existência e os resquícios nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Por derradeiro, envidou-se esforços para descrever os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. Devido a esses princípios, ficou claro que o Estado encontra seus limites nos princípios garantistas tão arduamente conquistados no decorrer dos anos.

Trata-se o presente trabalho, conforme as bases penalistas trazidas à pesquisa, demonstrar que a teoria do Direito Penal do inimigo é incompatível com os princípios e garantias estabelecidos no Estado Democrático de Direito. Logo, não resta dúvidas de seus resquícios e clamores por um Direito Penal mais rígido e

emergencial que atenda aos anseios da sociedade. Não obstante, é necessário para que haja legitimidade em seus ideais, no momento que houver técnicas de Criminologia e de Políticas Criminais em seus pressupostos. Portanto, não há espaço no atual Estado de Direito para um Direito Penal do autor ou sequer de um Direito violador das garantias básicas de qualquer cidadão.

Diante do que foi apresentado, chega-se ao problema de pesquisa: de que maneira a teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito? A resposta ao problema da pesquisa, como se pode observar, foi delineada no decorrer do trabalho. No entanto, os pontos que afastam a Teoria de Jakobs são transcritos a seguir.

A categorização que Jakobs apresenta no conteúdo de sua teoria, demonstra a realidade de um Estado Absoluto, totalmente contrário ao Estado de Direito. A idealização do Direito Penal do inimigo possui traços de medidas de exceção, as quais não podem ser consideradas como integrantes de um Direito Penal. Todavia, o Direito penal do inimigo não pode ser chamado de Direito Penal, pois se afasta de conceitos básicos de Criminologia e de Política criminal para sua criação. Trata-se de uma guerra declarada, a quem não segue a normativa estatal, ou seja, há o aniquilamento de princípios essenciais como: igualdade, legalidade, proporcionalidade, e dignidade da pessoa humana.

A teoria de Jakobs viola o princípio da igualdade, ao criar a diferença entre dois ramos do Direito Penal, um destinado ao cidadão e outro ao inimigo, acarretando uma desigualdade perante o ordenamento jurídico, sem ter uma justificativa plausível e técnica. Logo, a teoria do Direito Penal do inimigo não segue o que norteia o princípio da igualdade, porque se considera um Direito Penal discriminatório e desprovido de argumentação jurídica.

No que concerne ao princípio da legalidade ou da reserva legal, o Direito Penal do autor de Jakobs assenta-se na conotação de um regramento descumpridor do princípio da taxatividade e dos ideais da segurança jurídica. Jakobs visualiza a punição em relação à pessoa do criminoso e do perigo que o mesmo representa para a sociedade. Não se pauta pela análise da culpabilidade, requisito de um Direito Penal tradicional. Em suma, o cidadão tem seu regramento estabelecido no cenário legal, já

o criminoso-inimigo deve ter um outro ordenamento regulando, ou seja, ignora-se a legalidade para entrar na exceção.

Em referência ao princípio da proporcionalidade e da taxatividade, infere-se que há a supressão dos direitos e liberdades fundamentais dos inimigos. Os cidadãos serão punidos pelos atos exteriorizados e terão mantidos todos os seus direitos. Os inimigos conterão sua punição sustentada na previsibilidade do ato (atos preparatórios) ou de um comportamento futuro (hipótese), sendo que seus direitos serão drasticamente reduzidos. Por conseguinte, demonstra a supremacia do Estado aplicando medidas de segurança indeterminadas e sem as garantias mínimas destinadas aos cidadãos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é violado no momento que Jakobs afasta a condição de pessoas àqueles considerados inimigos do Estado. Assim, não se pode vislumbrar em nenhum momento da teoria de Jakobs a preocupação com os princípios do Estado Democrático de Direito, pois a ingenuidade dessa teoria ignora as demonstrações científicas sobre delito e controle social nas sociedades contemporâneas. Portanto, mostra-se, com as violações aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito supracitadas, a incompatibilidade da Teoria do Direito Penal do inimigo em qualquer ordenamento jurídico.

Do exposto, o presente trabalho contribuiu para a formação do pesquisador, como também poderá repercutir nas instituições que seguem os padrões garantistas de direitos, pois é essencial para que os acadêmicos e juristas possam afastar tais teses discriminatórias, bem como levar ao cidadão a garantia de que seus direitos serão preservados mesmo que haja violação da norma, pressupostos de direitos que conduzem a segurança jurídica defendida no Estado de Direito.

Ademais, recomenda-se que o tema continue sendo debatido e pesquisado, a fim de que possa repercutir nas futuras pesquisas acadêmicas, bem como na sociedade, pois se trata de assunto atual e de grande importância para mantermos acessas as garantias do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- BENTHAM, J. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Leme: Edijur, 2002.
- BOBBIO, N. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 1987.
- BRUNO, A. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: 3^a, 1967.
- CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2015.
- CONDE, F. M. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.
- COPETTI, A. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1^o ao 120). 6^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DIAS, J. D. F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, *et al.* 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FONTES, E.; HOFFMANN, H. **Carreiras policiais**: Criminologia. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GOMES, L. F. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.
- GOMES, L. F.; CERVINI, R. **Crime Organizado**: Enfoques criminológico, jurídico e política-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GONZAGA, C. **Manual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19^a. ed. Niterói: Impetus, v. I, 2017.
- HABIB, G. **Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. Niterói: Impetus, 2016.
- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- LIRA, C. R. S. **Direito Penal na Pós-Modernidade**: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. 2^a. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- LUHMANN, N. **Complejidad y Modernidad**: de la Unidad a la Diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trota, 1998.
- MASSON, C. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1^o ao 120). 13^a. ed. Rio de Janeiro: Método, v. I, 2019.

- MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, A. R. A. D. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.
- MORAES, A. R. A. D. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- NORONHA, E. M. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- NUCCI, G. D. S. **Manual de Direito Penal**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **manual de direito penal: parte geral**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PIERANGELLI, J. H. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.
- PRADO, L. R. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SALIM, A.; AZEVEDO, M. A. D. **Direito Penal: Parte Geral**. 9ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- SÁNCHEZ, J. M. S. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, J. C. D. **Direito penal do inimigo. ICPC: Instituto de Criminologia e Política Criminal**, 2012. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 09 outubro 2019.
- SILVA, P. R. A. D. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. D. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VIANA, E. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2018.