
DIREITO PENAL DO INIMIGO: BASES HISTÓRICAS, FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS E BREVES NOÇÕES TEÓRICAS

*Luiz Gustavo Fernandes*¹

1. Introdução

O presente tema, Direito Penal do Inimigo, foi por nós escolhido em face da grande dificuldade de compreensão e, certamente, pela grande curiosidade que vem, até os dias atuais, despertando nos estudiosos da dogmática jurídico-penal.

A flexibilização de princípios constitucionais, bem como a exclusão de garantias, dentre outras propostas que intentou o Professor Günther Jakobs em seu “Direito Penal do Inimigo” acabou gerando grande polêmica no mundo acadêmico, vez que, ao que nos parece, aludido mestre tentou desenvolver seus estudos com suporte em uma ideologia que não se confunde com a do Direito Penal.

Entretanto, trata-a como sendo um Direito Penal, porém, “do inimigo”.

Pois bem, inicialmente o presente tema, que tentaremos desenvolver neste perfunctório trabalho merece, por sua vez, uma pequena introdução sobre as bases históricas, filosóficas e sociológicas.

É certo que tais conceitos servirão, tão-somente, de alicerce para uma eventual compreensão do que seria o então denominado Direito Penal do Inimigo, vez que, muitos artigos foram escritos sem a observância da devida atenção dessas bases que exige o desenvolvimento metodológico do tema.

Nesse sentido, merece o tema a compreensão sem juízos precipitados.

1.1. Uma breve visão do funcionalismo de um modo geral

¹ Mestre em Direito Penal pela PUC-SP, Pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas, Universidad de Salamanca e Universidad de Toledo, e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Hoje temos três tipos de sistemas funcionalistas no âmbito do direito penal, ou seja, o funcionalismo moderado, de Claus Roxin, influenciado por Talcott Parson; o funcionalismo radical, de Günter Jakobs, influenciado pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann; e por fim o funcionalismo limitado, de Santiago Mir Puig².

O primeiro – funcionalismo moderado - é voltado à necessidade da penetração da política criminal na dogmática penal (Roxin).

O segundo - funcionalismo radical - é representado pelo funcionalismo sociológico, inspirado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Por fim, o terceiro – funcionalismo limitado -, voltado à justificação do direito penal por sua utilidade social, porém, está vinculado aos limites do Estado Democrático de Direito.

Por essa divisão, encontra-se, na doutrina penal, certa dificuldade para se definir o que venha ser o sistema funcional; levando-nos ao entendimento que, de um modo geral e precário, o funcionalismo propõe a inserção da política criminal na teoria do delito.

Segundo Roxin, o funcionalismo sustenta a ideia de reconstrução da teoria do delito, acrescentando-se-lhe, como mais um elemento, a política-criminal. Neste esteio intenta ao Direito Penal uma maior funcionalidade.³

Portanto, o funcionalismo penal critica os conceitos metodológicos finalistas, calcados no ontologismo, vez que, conforme observa Alexandre Almeida de Moraes, apoiado no entendimento de Luís Greco: “o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver problemas jurídicos (segundo engano - falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal”.⁴

Em suma, o funcionalismo não se interessa pela estrutura da finalidade, mas, sim, com o problema jurídico normativo.

Essa é apenas uma visão geral do que seria o sistema funcional, lembrando, como já alertou o Professor Vives Antón:

² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: uma visão do Direito Penal do Inimigo*. Dissertação defendida publicamente na PUC/SP. p. 103.

³ Apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit. p. 101.

⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit. p. 102.

La eclosión del funcionalismo en la dogmática penal ha provocado un fervor reconstructivo, según, el cual casi cualquier cosa puede resultar un precedente del funcionalismo. Así, v.g., el análisis de la acción desde la perspectiva de su funciones intrasistemáticas se presenta como una muestra de análisis funcional – en el marco de un estudio sobre el funcionalismo en el Derecho Penal – sin advertir que dicho análisis no responde, en si mismo, a ningún tipo de planteamiento funcionalista.⁵

1.2 – O funcionalismo radical de Günther Jakobs

Como já dito, o Professor da escola de Bonn foi influenciado, na sua teoria funcional, pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann⁶ que, por sua vez, foi influenciado pela teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela.

Luhmann estudou em Havard, com o Professor Talcott Parsons e, regressando à Alemanha, dedicou, até sua morte, ao seu único projeto, “Uma teoria da sociedade”.

Naquela época, grande difusão teve a teoria de Maturana e Varela no estudo dos sistemas vivos.

Diziam tais professores que todos os sistemas vivos são fechados e autopoieticos⁷.

Basicamente, entendiam que todos os sistemas são produtos e produtores ao mesmo tempo, porém fechados. Os sistemas vivos necessitam da inter-relação com outros sistemas, modificando-se com isso.

Luhmann entendia que os sistemas sociais também funcionam dessa maneira, ou seja, são fechados e autopoieticos, porém necessitando de comunicação.

Aliás, entendia, ainda, que a sociedade é basicamente constituída de comunicação, ou seja, o ser humano, que vive em sociedade, cria expectativas ao receptor da comunicação. Entendia que qualquer tipo de comunicação é válido, exemplificando que se uma pessoa estica a mão para outra, esta terá a expectativa de que apenas o estão saldando.

⁵ VIVES ANTÓN. Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo Blanch: Valência/Espanha. 1996, p. 434.

⁶ O próprio Jakobs, embora reconheça a importância no cenário atual do pensamento de Luhmann, afirma que o leitor, ao tomar contato com seus textos, logo perceberá que se distanciam das considerações da teoria Luhmanniana – e aqui está Jakobs referindo-se, sobretudo, aos seus pensamentos acerca das normas jurídicas e tipos de comunicação. CHAMON JUNIOR. Lucio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 71-72.

⁷ O termo *poiesis* vem do vocábulo grego que significa produção, assim, portanto, autopoietico significaria auto-produção.

Luhmann entendia que uma pessoa que não vive em sociedade e, por consequência não se comunica, não é pessoa, mas, sim, um animal, pois os animais não criam expectativas.

Por assim dizer, a Teoria dos Sistemas de Luhmann teve por objeto os sistemas autopoieticos sociais a fim de que se reduzam complexidades.

Jakobs tomou esses conceitos sociais como paradigma e, assim, concebeu a ideia de que o funcionalismo penal tem o dever de proteger as expectativas normativas da sociedade, garantindo a identidade social.

Na mesma linha, a pena, para ele, tem a função de restabelecer a vigência da norma violada e, por decorrência, garantir a identidade social.

Ensinou-nos o Professor Chamon Junior:

Assim, pretenderia o Direito Penal solucionar um problema social através do sistema jurídico que, enquanto um sistema social, seria parcial e implicaria que tudo isto ocorreria “dentro da sociedade”: não é possível separar o Direito Penal da sociedade. Existiria, assim, uma dependência que seria recíproca entre o Direito Penal e sociedade e é esta co-dependência que determinaria a “influência” recíproca, mas tal relação não poderia ser de tal ponto que não permitisse mais a própria função do Direito Penal – manter a configuração da sociedade, capaz, todavia de evoluir.⁸

É certo, então, entendermos que o Direito Penal é um sistema que se comunica com o sistema social e, no entendimento de Jakobs, essas comunicações entre sistemas fechados e autopoieticos os evoluem.

Entendeu, por exemplo, o citado Professor, que seria legítima a pena de açoite em praça pública, em alguns países muçulmanos, vez que o direito penal lá vigente está em comunicação com o seu sistema social (acoplamento estrutural de Maturana).⁹

Não que Jakobs concorde com a pena de açoite, impõe-se observar, apenas as entende como legítimas naqueles países, pelas razões elencadas.

Em suma, Zenkner Schimidt¹⁰, sintetiza a metodologia do Funcionalismo Jakobino em três vertentes:

⁸ CHAMON JUNIOR. Lucio Antônio. Op. cit., p. 73.

⁹ ZENKNER SHIMIDT. Andrei. *Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais 11. p. 106.

¹⁰ Ibidem, p. 104-109.

O Direito Penal e a sociedade estão numa dependência recíproca.

Na autopoiese o Direito Penal evolui internamente, a partir do contato com o meio onde se desenvolve, ou seja, o sistema social. Portanto, ele também se desenvolve. Nesse sentido este acoplamento estrutural gera uma dependência recíproca.

O Direito Penal é um instrumento de preservação de identidade social, e não um meio de controle social.

A função do controle social (proteção de bens, violência etc.) não pertence ao Direito Penal, mas, sim, a outros sistemas. Portanto, Jakobs não propõe limites à intervenção penal, vez que tais limites são externos ao Direito Penal, que é fechado e autopoiético.

A função do Direito Penal é corresponder às expectativas normativas da sociedade, protegendo a violação da norma.¹¹

O fato delituoso é entendido a partir de uma compreensão comunicativa que contradiz as expectativas normativas, vale dizer, é uma falha de comunicação. A pena é uma resposta à vigência desta norma violada, ou seja, por uma concepção luhmanniana, a sociedade se verifica por meio de normas.

Por fim, o funcionalismo de Jakobs dá um novo conteúdo à culpabilidade, o da periculosidade. Neste caminho, entendeu o Professor Paulo Queiroz que Jakobs substitui o conceito de culpabilidade pelo da prevenção geral¹².

Assim, de tudo que foi dito, este é um perfunctório resumo do que seria a base metodológica do funcionalismo radical de Günther Jakobs, lembrando que este conciso estudo não se presta a um profundo conhecimento da matéria, mas, sim, uma sintética reflexão e um caminho a se trilhar.

1.3 – Porque parte dos acadêmicos intitulam Günther Jakobs de Nazista? Um esboço histórico.

Jesus-Maria Silva Sánchez¹³, em sua obra “A expansão do Direito Penal”, mais precisamente no capítulo 7, fala-nos sobre a terceira velocidade do Direito Penal. Estabeleceu

¹¹ Ibidem, p. 104.

¹² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal - Introdução crítica*. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 121.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 148.

que a primeira velocidade do Direito Penal foi representada pela pena de prisão, a segunda, pelas penas pecuniárias e restritivas de direitos, e a terceira, caracteriza-se pela concorrência da pena de prisão com uma certa relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais (leia-se Direito Penal do Inimigo).

Aqui um parêntese!

A pergunta que surge é se a denominada terceira velocidade do Direito Penal é procedente da dogmática moderna.

O próprio Silva Sánchez responde que o Direito Penal do Inimigo – poder-se ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos. Isso, ainda que tais medidas se revelassem com frequência sob a aparência formal de penas.¹⁴

Essa resposta, do Professor Silva Sánchez, estaria baseada na concepção dada pelo Professor alemão Franz Von Liszt¹⁵, em seu famoso Programa da Universidade de Marburgo de 1882. Em síntese, propunha Liszt:

pena simplesmente intimidativa ou admonitória aos delinquentes ocasionais;

medidas de segurança e correção aos delinquentes perigosos, mas corrigíveis;

penas complementadas por medidas de segurança com tempo indeterminado aos delinquentes perigosos e incorrigíveis.

Posteriormente, mais precisamente após 40 anos desse discurso, um dos discípulos mais ilustres do professor berlinense, Gustav Radbruch, filósofo e jurista, trouxe essas ideias à República de Weimar, vez que era Ministro da Justiça.

Este professor, levando em conta a precária condição econômica da Alemanha da República de Weimar, propôs projetos de reforma do Código Penal alemão calcado no ideário de seu mestre - a preocupação com o delincente habitual. Porém, nenhum projeto prosperou, isto é, entrou em vigor.

¹⁴ Ibidem, p. 150.

¹⁵ MUÑOZ CONDE. Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Tirant lo Blanch: Valencia/España; 2003; p. 40.

Como dito, a Alemanha estava em uma precária condição econômica e, por consequência, com grande contingente de desempregados. Desocupados e criminosos habituais infestavam o país.

Razões para o referido declínio econômico foram a derrota na primeira grande guerra, o pacto de Versalles e, adiante, o crack da bolsa de Nova York.

O Professor espanhol Luis Jiménez de Asúa, outro importante discípulo de Von Liszt, também levou tais ideias ao seu país, tendo participado da redação da lei dos *Vagos y Maleantes*, que constituía na imposição de medidas punitivas aos meliantes, prostitutas, vagos etc. sem mesmo haver sido praticado algum delito.

Retornando à Alemanha, como é cediço, em 1933 ascendeu ao poder o partido nacional-socialista e, apoiado nas ideias de Liszt e Radbruch, propôs o projeto dos estranhos à comunidade.

Com o advento da Segunda Grande Guerra, aliado às concepções racistas do partido nacional socialista, foi adotada esta lei - dos estranhos à comunidade - de uma forma mais ampla, ou seja, considerava estranho à comunidade alemã os judeus, ciganos etc. O final da história todos conhecem, ou seja, os indigitados campos de concentração.

Muita similitude há no desenvolvimento do pensamento filosófico de Von Liszt até a operacionalização pelo partido nacional socialista e o Direito Penal do Inimigo, porém, o que se deve notar é que sua origem nada tem a ver com o pensamento nazista.

Von Liszt havia falecido muito antes do partido nacional-socialista chegar ao poder e Radbruch foi perseguido pelos nazistas, por não concordar com tal pensamento. Portanto, conclui-se:

O ideário de Von Lizst e Radbruch não tinha qualquer relação com o do partido nacional-socialista.

Assim, não se pode comparar os ideários antigos e novos com as monstruosidades ocorridas na Segunda Grande Guerra.

2. Direito Penal do Inimigo: Breves noções teóricas

Jakobs propôs o intitulado “Direito Penal do Inimigo”¹⁶ defendendo a ideia da necessidade de adoção de um Direito destinado àquelas pessoas que representam um perigo concreto para o sociedade.

Assim, ao lado do conhecido Direito penal tradicional (do cidadão), aplicado aos criminosos “comuns”, haveria o Direito penal do inimigo, válido para todos os que escolheram desvincular-se da sociedade juridicamente organizada.

Também baseou sua tese nos pensadores contratualistas, segundo os quais quem deixa de viver de acordo com as normas socialmente estabelecidas deveriam ser tratados como inimigo, e não mais como cidadãos.

Dentre os pensadores aludidos poderíamos citar Rosseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Aduziu, por exemplo, Rosseau:

qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra com este. (...) A consequência se diz assim: ‘ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.’¹⁷

Fichte:

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.¹⁸

Hobbes, inicialmente, ressalta que o cidadão não pode, por si mesmo, eliminar seu *status*, mas, no caso de alta traição, deve ser considerado inimigo:

¹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹⁸ *Ibidem*, p. 26.

[...] a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída ao estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.¹⁹

Finalmente, para Kant, quem não se integra voluntariamente a um estado comunitário-legal deve ser impelido a fazê-lo ou obrigado a retirar-se. Porém, “em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado [...] como um inimigo’”.²⁰

Como consequência natural de sua proposição, aos cidadãos devem ser assegurados todos os direitos e garantias penais e processuais. Ao contrário, contra os inimigos pode ser suprimido integralmente o devido processo legal, com todos os corolários que lhe são inerentes.

Buscando a efetividade de sua teoria, fundada na prevenção extremada de crimes cometidos pelos chamados “inimigos”, Jakobs subverte as preocupações atuais do Direito Penal.

Não mais devemos nos ocupar com fatos passados, mas com a possibilidade de atos futuros: o Direito abandona uma visão retrospectiva para adotar outra, prospectiva.

Em razão disso, diversas e profundas são as mudanças no Direito Penal, ao mesmo no que tange ao “inimigo”.

Em primeiro lugar, como se busca a proteção efetiva da sociedade, prevenindo-se de possíveis crimes, a pena passa a ter um caráter de medida de segurança.

Justamente por isso, sua intensidade não mais se vincula com a culpabilidade do agente, mas com o perigo abstrato representado pelo inimigo. Inaplicável, portanto, o princípio da proporcionalidade.

Para que a proteção seja eficaz, também o âmbito de proteção da norma deve ser adiantado ao máximo, antecipando-se a tutela penal a ponto de alcançar até mesmo atos preparatórios. Isso porque se espera que o inimigo seja impedido, prontamente, de agir.

No entanto, uma importante questão em torno da estudada proposição de Jakobs se faz oportuna, ou seja, como identificar os inimigos? Quem seriam eles?

¹⁹ Ibidem, p. 27.

²⁰ Ibidem, p. 29.

3. Conclusão

Essas são apenas uma pequena amostra das bases sociológicas, filosóficas e históricas dessa teoria tão polêmica proposta há mais de dez anos.

Contudo, nada obstante os seus sedutores argumentos filosóficos de combate à criminalidade organizada, após decorrido todo aludido tempo, ainda não temos respostas para alguns questionamentos.

Qual o alcance da expressão “inimigo”?

Pode um Estado Democrático de Direito decretar que uma pessoa seja “inimigo” e portanto um “não pessoa”?

Esse “Direito” não seria um direito do autor e, desta forma, totalmente diverso do Direito Penal tradicional que é baseado no fato? Ou seja, se pune pelo oque o sujeito é e não por que ele fez.

Enfim, além dos vários questionamentos aludidos e sem resposta consistente, o certo é que no Brasil, por força do Preâmbulo da Constituição brasileira que faz referência à instituição de um “Estado Democrático de Direito”; por força da cidadania e a dignidade da pessoa humana que são dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inc. II e III do art. 1º da Constituição), irradiando os seus efeitos por toda a Constituição, o intitulado “Direito Penal do inimigo” não seria admitido.

Em decorrência dos fundamentos assinalados no parágrafo anterior, a Constituição brasileira relaciona diversos princípios, cabendo assinalar o da igualdade (art. 5º, caput), da humanidade (art. 5º, inc. III, XLI, XLVII e XLIX), do devido processo legal (LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII e LIII), da presunção da não-culpabilidade (art. 5º, inc. LVII) entre outros.

Dessa forma parece-nos que esse “Direito Penal” (se é que podemos chamá-lo assim) é totalmente incompatível com nosso Ordenamento Constitucional.

Referências:

CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. *Um giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES. Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal – Uma visão do Direito Penal do Inimigo*. Dissertação defendida publicamente na PUC/SP;

MUÑOZ CONDE. Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Tirant lo Blanch: Valencia/España; 2003;

QUEIROZ. Paulo. *Direito Penal - Introdução crítica*. Saraiva: São Paulo, 2001.

SILVA SÁNCHEZ. Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. RT: São Paulo; 2002.

VIVES ANTÓN. Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo Blanch: Valência/Espanha. 1996.

ZENKNER SHIMIDT. Andrei. *Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista*. Revista de Estudos Criminais 11.