



EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ELE ESTÁ ENTRE NÓS!

CRIMINAL LAW EXPANSION AND THE ENEMY CRIMINAL LAW: IT IS AMONG US!

Carlos Augusto Machado de Brito*

Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato^{1*}

RESUMO: No presente artigo estudaremos o que se entende por expansão do direito penal, expressão cunhada pelo penalista espanhol Jesus Maria Sanches. Analisaremos o que caracteriza os movimentos de expansão, a caracterização das velocidades do direito penal, as consequências advindas, como o simbolismo e o punitivismo, gerando o direito penal do inimigo, teoria desenvolvida por Günther Jakobs. Exporemos uma breve biografia sobre este autor, passando a análise do seu funcionalismo penal, as influências recebidas pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, e o surgimento do direito penal do inimigo. Identificaremos quem é o inimigo em dicotomia com o conceito de cidadão; como ele se expressa dentro do direito penal, indicando as críticas feitas pela doutrina a esta teoria. Por fim verificaremos os reflexos deste pensamento na produção legislativa penal, em especial a nacional. Na elaboração deste trabalho aplicamos o método científico dedutivo, em conjunto com o método hermenêutico, podendo ser classificada como uma pesquisa explicativa, tratando-se de uma explicação do tema proposto.

Palavras-chave: Expansão; Direto; Penal; Funcionalismo; Inimigo.

ABSTRACT: The present article aims at analyzing what is understood by expansion of the criminal law. This expression was coined by the Spanish penalist Jesus Maria Sanches. We will examine what characterizes the expansion movements and its consequent punitivism that came with the birth of the enemy criminal law theory which was developed by Günther Jakobs. A brief biography of this author will be exposed then we will pass on to the analysis of his penal functionalism in which the enemy criminal law is inserted. We will identify who the enemy is in relation to what the citizen is; how the enemy expresses himself within the criminal law and its reflections in the criminal legislative production, especially the Brazilian one. In order to develop this work we applied the deductive scientific method together with the hermeneutical method and as such it can be classified as an explanatory research because it is a theoretical approach of the proposed theme.

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia; Mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de João Pessoa; Especialista em Ciências Criminais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com o Centro Universitário de João Pessoa. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa; Aluno da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais. E-mail: camachadobrito@hotmail.com

*Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, Mestre em Ciências Jurídicas Criminais pela Universidade de Coimbra e Doutor em Ciências Jurídicas Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor do Centro Universitário de João Pessoa, UNIPÊ e da Universidade Federal da Paraíba, UFPB. E-mail. felipenegreirosdeodato@hotmail.com





Keywords: Expansion; Law; Criminal; Functionalism; Enemy

1 INTRODUÇÃO

Na realização do presente trabalho pretendemos refletir sobre as consequências trazidas pela sociedade pós-industrial para a seara do direito penal com suas evoluções e influxos no sistema punitivo a par da sua aplicabilidade tendo como medida a pena restritiva de direito e a flexibilização das garantias do cidadão, se para mais ou para menos, a depender da gravidade do fato criminoso cometido. Bem como investigar como as consequências que esses influxos acarretam com o surgimento de novas ideias e sistemas penais que desaguarão no chamado direito penal do inimigo.

Para isso iremos, em um primeiro momento, analisar o que se entende por velocidades do direito penal, tema desenvolvido pelo professor espanhol Jesus-Maria Sánches e a sua divisão em três velocidades: a primeira, com enfoque na pena de prisão em sua forma clássica; a segunda uma flexibilização das garantias em favor do infrator objetivando uma pena mais branda como as restritivas de direito; e a terceira velocidade que é a volta da aplicação da pena restritiva de liberdade com a flexibilização das garantias constitucionais.

Dentro desse contexto analisaremos os movimentos do direito penal simbólico e do punitivismo penal, que, pela propositura do também professor espanhol Manuel Cancio Meliá, são consequências da terceira velocidade do direito penal o qual desembocará no expansionismo penal, campo fértil para o desenvolvimento do direito penal do inimigo.

Passaremos a expor o nascer da ideia do direito penal do inimigo. Seu surgimento primeiramente como crítica e depois o conagraçamento e desenvolvimento dela com doutrina penal. Primeiramente teceremos comentários a respeito de quem é seu autor, mediante uma singela biografia sobre professor alemão Günther Jakobs, sua carreira acadêmica e os principais contributos para o direito penal moderno, em especial o funcionalismo sistêmico por ele ensinado. Logo explanaremos o que se entende por esse sistema de pensamento penal, abordando as raízes filosóficas e sociológicas do funcionalismo sistêmico, bem como a sua visão de bem jurídico e em que se baseia a legitimidade do direito penal e os fins da pena.

Após essas contextualizações mergulharemos, por fim, no que se entende por direito penal do inimigo. Sua dicotomia com um suposto direito penal do cidadão. O entender de cidadão como diferente de pessoa para Jakobs. Quem é o inimigo, como atua, quais os instrumentos de direito processual e material penal que expressam um combate ao inimigo.

Por fim, faremos uma breve abordagem sobre a influência de tal pensamento na criação de uma vindoura legislação que objetiva combater uma nova forma de criminalidade: o denominado “novo cangaço”, o qual é objeto de proposta legislativa para uma maior punição.

2. OBJETIVOS

Neste artigo realizaremos uma pesquisa sobre o que se entende por expansão do direito penal e a teoria do direito penal do inimigo. O tema é relevante e motivo de muita discussão na doutrina nacional e estrangeira com reflexos na produção legislativa penal.



Tendo em vista as considerações acima destacadas procuraremos caracterizar os movimentos de expansão do direito penal, suas velocidades, o seu simbolismo e o punitivismo penal, finalizando com a análise do surgimento da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs.

A partir de uma breve biografia sobre Günther Jakobs, analisaremos o seu funcionalismo penal no qual está inserido o direito penal do inimigo. Identificaremos quem é o inimigo, em dicotomia com o conceito de cidadão, como ele se expressa dentro do direito penal; seus reflexos na produção legislativa penal, em especial a nacional, e análise das críticas doutrinárias, nacional e estrangeira que a teoria levanta.

Com o presente artigo objetivamos estimular os estudos sobre o tema expondo os problemas identificados pela doutrina, e a recepção ou não do Direito Penal do Inimigo pela legislação.

3. METODOLOGIA

No tocante à metodologia, a pesquisa será exploratória, conduzida através de estudo bibliográfico atinente ao conceito de expansão do direito penal, o entendimento do funcionalismo penal e o estudo do direito penal do inimigo.

Na elaboração deste trabalho aplicamos o método científico dedutivo, em conjunto com o método hermenêutico, podendo ser classificada como uma pesquisa explicativa, tratando-se de uma explicação do tema proposto.

A pesquisa desenvolvida será do tipo bibliográfica, mediante a análise de livros, monografias, dissertações, teses acadêmicas e artigos científicos que versem de forma analítica sobre o tema em questão, bem como do tipo documental, com o levantamento de legislações que enfrentam a temática objeto de estudo, além de buscar sistematizar os dados coletados em obras e documentos que tratam do tema.

4. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Jesús María Silva Sánchez, catedrático da Faculdade Pompeu Fabra na cidade espanhola de Barcelona, em seu livro *La expansión del derecho penal Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, relata o que entende por expansão e elenca as velocidades do direito penal, tendo por base uma maior ou menor incidência da pena de prisão e garantias processuais do acusado.

No referido trabalho o penalista espanhol faz uma abordagem das transformações ocorridas no Direito Penal, como resultado direto da criminalidade moderna, fruto, por sua vez, de uma sociedade moldada pela globalização (pós-industrialização). A obra foi lançada em 1999 na Espanha e despertou a atenção por analisar problemas que pareciam distantes no tempo e no espaço, mas que acabaram sendo concretizados na sociedade.

O citado autor elenca o que caracterizaria o expansionismo penal e os fenômenos geradores, sendo eles: novos interesses sociais; surgimento de novos riscos sociais; estado de insegurança constatado pela sociedade; descrédito de outras instâncias de proteção (administrativa, cível etc.).

Tais fatores acabariam por gerar fenômenos expansionistas que são: o direito penal simbólico e o ressurgimento do punitivismo.

Dentro do movimento expansionista do Direito penal o autor espanhol observa a aplicação da lei penal e processual penal em diferentes ritmos criando, assim, a teoria das



velocidades do Direito Penal, indicando três tipos de “marchas” que, segundo nosso entendimento, estão em seguida destacados:

Anteriormente fizemos a caracterização que, ao meu juízo, seriam as velocidades do Direito Penal. Uma primeira velocidade representada pelo Direito penal do cárcere, em que haveria de manter rigidamente os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de crimes privativos de liberdade, mas sim de penas restritivas de direito e/ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a uma menor incidência da sanção. A pergunta que há de se fazer, em fim, é se já podemos admitir uma terceira velocidade do Direito Penal, na qual o Direito penal que aplica uma pena privativa de liberdade concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e princípios processuais (SÁNCHEZ, 2001).

Dentro dessa perspectiva colocada pelo autor, podemos explicar as velocidades do direito penal dentro do seguinte esquema analisado.

A primeira velocidade do direito penal tendo por priorizar a privação da liberdade, aplicação da pena de prisão. Observa-se todas as garantias processuais e penais para, no final, com a condenação, aplicar a pena de prisão. É a clara expressão do direito penal clássico filosófico.

Em um segundo momento, velocidade, ocorre a flexibilização das garantias processuais e penais objetivando uma aplicação célere da pena, mas sem ter como sanção penal a aplicação da pena privativa de liberdade. Evidencia a aplicação das chamadas penas restritivas de direito. São crimes de menor monta, de pouco prejuízo para a coletividade, onde as garantias são afastadas em nome do concesso e aplicação célere da pena.

No contexto legal pátrio podemos citar como exemplo a lei 9.09/95, a lei que criou os juizados especiais criminais e estabeleceu os crimes de menor potencial ofensivo, privilegiando a oralidade do procedimento criminal e o consenso, tendo em vista a possibilidade de aplicação de acordo entre as partes e a extinção da punibilidade do autor do fato com o cumprimento do quanto acordado.

Mais recentemente, com a alteração do Código de Processo Penal (CPP) pela lei 13.964/2019, podemos incluir nesse movimento o Acordo de não Persecução Penal (ANPP) que autoriza o Ministério Público a propor o acordo ao investigado quando este tenha confessado, formal e circunstancialmente, a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente, conforme disciplina o art. 28-A do CPP.

Por outro lado, quando se fala no movimento da terceira velocidade do direito penal observa-se um afastamento das garantias processuais e penais objetivando uma aplicação de pena mais duras, privativa de liberdade, para agentes que cometem delitos mais danosos para a sociedade, sendo eles punidos com mais severidade, e não tendo o direito, prerrogativa, de gozar, fazer uso, de garantias processuais e materiais existentes no Estado Democrático de Direito.

Dentro deste contexto podemos trazer como exemplo da concretização legislativa dessa aplicação do direito penal na lei 8.072/90, lei dos crimes hediondos, na



lei das organizações criminosas, lei 12.580/2013, a lei 13.260/2016, que dispõe sobre o crime de terrorismo. Tais leis incluem em suas disposições uma minimização de garantias processuais e materiais aos agentes que incidirem nas condutas tipificadas. Como a lei 8.072/90 que vedou a progressão de regime nos crimes hediondos, mas, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tal proibição.

Das concepções ora expostas, observa-se que da análise da terceira velocidade acaba por surgir dois novos movimentos penais que são o simbolismo penal e o punitivismo (MELIÁ, 2005).

4.1. Direito penal simbólico e o punitivismo

Ensina Manuel Cancio Meliá (2005), professor titular de Direito Penal da Universidade Autônoma de Madri, que o *direito penal simbólico faz referência a que a inflação legislativa penal busca tão somente perseguir o objetivo de dar a impressão de tranquilidade de um legislador atento e decidido, porém sem a manifesta vontade direcionada de uma real aplicação da lei. Predominando uma função latente sobre a manifesta.*

O recurso à utilização do Direito Penal é instrumento para produzir tranquilidade mediante o ato de promulgação de normas destinadas a não serem aplicadas.

Já na caracterização do que seja o expansionismo penal, o professor madrileno explica que *faz ressurgir o punitivismo caracterizado pela introdução de normas penais novas com o intuito de promover sua efetiva aplicação com toda firmeza, isto é, verificam-se processos que conduzem a normas penais novas para serem aplicadas – de forma seletiva, até, em muitos casos – ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes* (MELIÁ, 2005).

Seguindo tal pensamento, com o punitivismo ocorre um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal. Tal perspectiva decorre de uma tendência do legislador de reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da “luta” contra a criminalidade, incrementando as penas já previstas. Podemos citar como exemplo nacional recentíssimo a promulgação da lei 14.344/2022 que tornou o crime de homicídio como qualificado e hediondo quando cometido contra menor de 14 anos de idade, bem como aumento de pena em determinadas circunstâncias.

Ante esta bruma de pensamentos, vaticina Cancio Meliá (2005) que *(...) o Direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, mas também definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como “outros”. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A seguir pode ser examinado o que surge da sua união: o Direito penal do inimigo.*



Assim, em sua visão, matematicamente simbolizada, da soma entre o simbolismo penal e o punitivismo tem-se como resultado o direito penal do inimigo (simbolismo penal + punitivismo = direito penal do inimigo) propugnado, pelo jurista alemão, doutrinador do funcionalismo sistêmico, Günther Jakobs.

5. O NASCEDOURO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Günther Jakobs expôs o tema pela primeira vez no Congresso dos penalistas alemães, ocorrido em 1985 na cidade de Frankfurt, apresentando o trabalho intitulado *Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico*².

Nesta oportunidade em tópicos finais, começou a pincelar algumas bases de suas teorias, como a normatização do bem jurídico, e o direito penal do inimigo, o qual tratou de forma crítica (D'ÁVILA, 2009), lançando comentários desfavoráveis ao mesmo, afirmando que *a existência de um direito penal de inimigos não é sinal de força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma não existe*. Onde o direito penal do inimigo só poderia ser legitimado como um direito penal de emergência, em sua excepcionalidade (JAKOBS, 2003).

Em 1999, na Conferência do Milênio, ocorrida na cidade de Berlim, Alemanha, Jakobs volta a tratar do assunto. E, desta vez, não mais tecendo críticas, abraçando a ideia e discorrendo fundamentos para a sua possível aplicabilidade e legitimação dentro do sistema penal, *defendendo um direito penal parcial onde quem se comporta como inimigo deve ser tratado como inimigo, como "não pessoa" (unperson)* (D'ÁVILA, 2009). Onde a outra metade do direito penal seria voltado para o cidadão, criando a dicotomia entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

Tal pensamento não ecoou de imediato, ficando adormecido até que advieram os fatídicos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, no qual o assunto passou a ganhar relevância.

Mas antes de entrar diretamente no assunto faz-se necessário tecermos algumas palavras sobre seu autor, Günther Jakobs, e o contexto do funcionalismo sistêmico no qual a ideia do direito penal do inimigo está inserida.

5.1. Quem é Günther Jakobs?

Como todo sistema de pensamento, próprio das ciências humanas, o direito penal evolui acompanhando os movimentos filosóficos contemporâneos. Desta forma o finalismo acabou por ser superado e, hoje, acompanhamos o desenvolvimento da dogmática penalista com o sistema funcionalista.

Günther Jakobs e Claus Roxin são os expoentes do funcionalismo penal. Cada um possuindo uma vertente, visão, da finalidade do direito penal. Roxin possui uma ótica teleológica, enquanto Jakobs tem uma posição sistêmica. Com essas peculiaridades do pensamento, apesar de convergirem no ponto de partida, eles divergem no caminho e na chegada das suas conclusões sobre o direito penal e sua finalidade e legitimidade.

Nesse sentido Callegari e Linhares (2017) escrevem que:

O funcionalismo é considerado uma nova revolução paradigmática do Direito Penal que não pode ser atribuído a um só autor. Não se pode falar, assim, em apenas um funcionalismo no Direito Penal, sendo diversas as vertentes dessa corrente de pensamento. Entretanto, dois são os autores apontados como

² Título original em alemão: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*



principais defensores desse paradigma: os alemães Claus Roxin e Günther Jakobs.

A partir desses autores, duas são as propostas de modelos funcionalistas no Direito Penal. O primeiro modelo, com foco na finalidade preventivo-especial da pena, possui como principais representantes Claus Roxin e Bernd Schünemann. O segundo modelo, representado sobretudo por Günther Jakobs, confere especial destaque para a teoria da prevenção geral positiva da pena.

Como se observa, tais autores são de grande importância nos estudos do Direito Penal hodierno.

Livros de doutrina penal discorre sobre Roxin, sua vida e obra, colocando-o como o grande representante do funcionalismo bem como discípulo e sucessor de Hans Welzel, silenciado quanto à Jakobs. Uma verdadeira injustiça. Poucos são os autores que falam sobre Jakobs e seu sistema.

Tal vácuo pode ser dar em razão do pensamento de Jakobs, ao contrário do que ocorre com Roxin, não ser aceito com facilidade. Ele é controverso por tocar em pedras fundamentais, não só da dogmática penal tradicional, mas também sobre direitos e garantias fundamentais.

A par disso, para entendermos um pouco sua obra, precisamos entender quem ele é, sua biografia e o que desenvolveu com seus pensamentos em prol da dogmática penal.

Günther Jakobs é um filósofo penal “para todos e para ninguém”. Nesse sentido podemos afirmar que, hodiernamente, Jakobs, seja o mais polêmico dos doutrinadores penalistas.

Claus Roxin (1983), ao escrever sobre a primeira edição do livro inaugural de Günther Jakobs, *Tratado de direito penal*, disse:

trata-se da mais audaz e do esboço mais consequente de um sistema puramente teleológico existente até a presente data. Com ele, Jakobs não só elaborou (...) a evolução dogmática dos últimos 20 anos. A amplitude de sua obra surpreende o leitor também com uma avalanche de reflexões originais que, de certo modo, antecipam os próximos 30 anos.

Günther Jakobs nasceu na Alemanha, na cidade de Mönchengladbach, em 26 de julho de 1937. É um autor de livros de Direito, filósofo e professor emérito de direito penal e Filosofia do Direito.

Estudou Direito nas Universidades de Colônia, Kiel e Bonn, sendo nesta última aluno de Welzel, onde acabou por se tornar seu seguidor. Em 1967 apresentou sua tese de doutoramento, sob a orientação do mestre Hans Welzel, como tema *O concurso entre os delitos de homicídio e de lesão corporal*³.

No ano de 1971, na busca de conseguir sua habilitação para a cátedra na universidade de Bonn apresentou o trabalho, elaborado, novamente, sob a batuta de Hans Welzel, intitulado *Estudos sobre o delito culposo de resultado*⁴.

Na universidade de Bonn exerceu a magistratura no ano de 1986, onde ministrou aulas na cadeira de Direito Penal e Filosofia do Direito. Na referida universidade também

³ Título original em alemão: *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*.

⁴ Título original em alemão: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*.



foi diretor do Seminário de Filosofia do Direito, que também foi dirigido por Welzel, e a codireção do Instituto de Direito Penal daquela instituição (AFLEN; 2018).

Hoje é professor aposentado da Universidade de Bonn, desde o ano de 2002.

Apesar da doutrina nacional falar muito de Roxin como discípulo e sucessor do mentor do finalismo, Callegari (2003) assevera que Jakobs também foi aluno de Welzel sendo ele o seu verdadeiro sucessor, pois o professor de Bonn foi quem ficou encarregado da atualização e continuação da obra do mestre, e, posteriormente, superando as ideias da escola finalista.

O mérito do seu trabalho no plano acadêmico foi cristalizado em inúmeros títulos honoríficos que lhe foram concedidos, em especial pela singularidade e brilhantismo do seu pensamento. Vários títulos de *Doutor honoris causa* foram-lhe outorgados por Universidades em todo o mundo, em especial na América Latina, como na Argentina, México, Peru e Colômbia (AFLEN; 2018). Faltando-lhe o reconhecimento nas universidades brasileiras.

Jakobs, valendo-se das ideias do sociólogo Niklas Luhmann, sobre a teoria dos sistemas, apartou-se da doutrina finalista e criou o funcionalismo sistêmico fundado na racionalidade comunicativa. Criou um sistema para o direito penal, baseado numa renormatização dos conceitos jurídicos-penais, objetivando direcioná-los à função que corresponde ao direito penal (CALLEGARI; 2003).

Dentro deste funcionalismo desenvolveu várias teorias que são caras ao direito penal, como: incrementos à teoria da imputação objetiva; uma nova visão do bem jurídico penal e a legitimidade do direito penal; e o seu controverso direito penal do inimigo, em contraposição ao direito penal do cidadão.

A par disso é que chamamos a atenção para a importância do estudo das obras desse autor alemão que, desenvolve um profícuo e aprofundado estudo sobre a dogmática penal, baseando-se no que há de mais moderno no comportamento da sociedade.

Jakobs não deve ser esquecido, deve ser estudado compreendido. Criticado em suas possíveis falhas e exageros. Mas sem dúvida, possui um legado a ser cultivado e explorado não só no campo acadêmico, mas também na prática dos tribunais, na legislação e, dentro deste legado, o seu funcionalismo sistêmico é assunto que deve ser entendido para uma boa análise de sua obra.

5.2. O Funcionalismo sistêmico

O funcionalismo sistêmico ou normativo propugnado por Günther Jakobs não é assunto corriqueiro na literatura penal, em especial na nacional.

O funcionalismo, em termos gerais, pretende não apenas explicar o sistema jurídico, mas compor também uma análise global de todo o sistema social, onde seu objetivo é a ação humana (TAVARES 2019).

Parte, tal ideologia, de uma concepção da sociedade como um organismo harmônico no qual cada um dos membros que a integram desempenham uma função específica e que permite a coerência do sistema, de forma que o Direito já não tem que delimitar nem proteger certos valores, mas apenas assegurar a estrutura do sistema social e garantir sua capacidade de função, encontrando fundamento no fato *de que as ações se veem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas* (TAVARES 2019).



Dentro do âmbito penal o funcionalismo se insere em um contexto metodológico no qual as construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades, sendo estes fornecidos por uma política criminal do Estado Social e Democrático de Direito, que acrescenta ao direito penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, sempre respeitando os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

As correntes de pensamento funcionalista defendem uma intervenção finalística segundo conceitos normativos, visando construir um modelo penal mais poroso às remodelações político-criminais. Estruturando o ilícito à luz da função do direito penal.

É exatamente nesse ponto que se afastam os dois grandes expoentes do funcionalista penal, pois divergem em qual seria a função, ou legitimidade do direito penal.

No funcionalismo sistêmico ou normativista, extrai-se o conteúdo conceitual exclusivamente das funções do sistema social em questão, sua concepção do Direito Penal se adapta à política criminal assumindo as modernizações do Direito Penal. Funcionalidade do sistema vigente.

Günther Jakobs (2003), já no primeiro parágrafo de sua obra *Sociedade, norma e pessoa*, na qual lança as bases do seu sistema, aduz que *o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade*.

E, para a garantia da sociedade, Jakobs toma como ponto de partida ideia da teoria dos sistemas propugnada por Niklas Luhmann, jurista e sociólogo alemão, pois para ele este ensinamento é a exposição mais esclarecedora, tendo consequências para o sistema jurídico.

De uma forma geral a teoria dos sistemas busca uma unificação das atividades sociais gerando uma noção de sistemas, estrutura comunicativa, simbolizando a organização dentro de um processo de informação (TAVARES 2019). E, dentro desse ideário, Luhmann propõe o estudo do sistema jurídico. Para ele a sociedade é uma rede de comunicação composta por vários subsistemas, sendo um deles o Direito. Onde este atua de forma fechada, se autoproduzindo e reproduzindo, autopoiese, sendo suas relações, comunicações, analisadas através de um código binário, lícito/ilícito (CAVALCANTE FILHO, 2018).

No sentido desta comunicação é que se encontra a função do direito, pois no sistema jurídico o que está em relevância é a comunicação sobre todas as formas de conduta englobadas e reguladas pelo direito, uma vez que *a norma jurídica tem como seu objetivo material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta* (TAVARES 2019).

Importando para a ciência jurídico-penal tais pensamentos, Jakobs inova no funcionalismo. Inculca a ideia do direito penal, e seu sistema normativo, como parte integrante da sociedade, sendo uma função necessária à manutenção do sistema.

No funcionalismo sistêmico a finalidade do direito penal é a proteção da norma violada pelo cometimento do crime e a sua vigência.

No sentir de Günther Jakobs a função do Direito Penal é o asseguramento da vigência dos valores positivos de ação de caráter ético-social, obtendo legitimidade material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas que depende a própria configuração ou identidade da sociedade)



diante das condutas que expressam um regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.

Nas palavras do autor:

A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tão pouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua. Dizendo de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo. Nessa concepção, a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção (JAKOBS, 2003).

Observado o quanto ensinado pelo professor entende-se que o bem jurídico penal passa a ser a norma e na sua funcionalidade reside a legitimidade do direito penal. Ou seja, o direito penal se legitima para fazer valer a vigência e aplicação da norma penal. O bem a ser protegido é a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção que tem o mesmo âmbito de vigência da norma posta em prática; este bem se denominará a partir de agora bem jurídico-penal.

Explica o autor que a vigência da norma é o bem jurídico penal. A sua manutenção passa diretamente pela pena. O valor inserido na norma e, normalmente, citado como “bem jurídico” – vida, liberdade, patrimônio etc. – é, em verdade, um motivo, a busca de um objetivo para a norma (JAKOBS, 2021), doutrinando que:

De acordo com isso, o bem jurídico, enquanto um motivo para a norma ou representação de um fim, por si só não possui força suficiente; isso porque ao lado do bem a ser protegido entram o interesse de liberdade do autor (também um bem jurídico) e o interesse da sociedade não de obstar, mas sim de possibilitar o desenvolvimento (JAKOBS, 2021).

Valendo-se, e citando, dos ensinamentos de seu mestre, Hans Welzel, vaticina que o *real sentido do direito não consiste em afastar todos os efeitos lesivos dos bens jurídicos idealizados como incólumes, senão em escolher e proibir os incompatíveis com a existência de uma comunidade eticamente organizada* (JAKOBS, 2021).

Dito isto, observa-se que Jakobs faz a distinção entre bem jurídico penal e bem jurídico. O primeiro como sendo a vigência da norma penal e o segundo se refere aos objetos sobre os quais recaem as normas penais. Conclui o autor afirmando que não é qualquer objeto de regulamentação normativa que é bem jurídico, mas só aquele que tem de desempenhar alguma função para a sociedade ou para um de seus subsistemas.

Para Jakobs ação penalmente relevante é a objetivação da falta de reconhecimento da vigência da norma, a expressão no sentido de que a norma em questão não é a máxima reitora (JAKOBS, 2003).

O crime é a contradição das normas determinantes da sociedade. E a pena encontra sua necessidade na manutenção da sociedade. Consistindo na confirmação dessa identidade social, contradizendo a conduta criminosa do agente, restabelecendo a vigência normativa.



Assim, a sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma onde este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante. Logo a função da pena, dentro do funcionalismo sistêmico é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contratos sociais (JAKOBS, 2003).

Dentro deste cenário o professor de Bonn planta as primeiras sementes para o desenvolvimento de sua ideia de direito penal de inimigo. Começa a tecer a diferenciação entre pessoa e sujeito, para trilhar o caminho e construir a conceituação de inimigo, distinguido do cidadão.

6.O QUE VEM A SER O DIREITO PENAL DO INIMIGO (*Feindstrafrecht*)

Günther Jakobs, ao traçar alguns esboços jus filosóficos sobre o tema, lembra que os filósofos Thomas Hobbes e Immanuel Kant já conheciam de sanções diferenciadas ao cidadão e à pessoa que se desvia por princípios.

Hobbes, em seu livro *Leviatã*, despersonalizava o réu de alta traição, pois este nega, por princípio, a constituição existente. Já Kant, em *Metafísica dos Costumes*, entende não se tratar de pessoa quem, constantemente ameaça o sistema, quem não se deixa obrigar a entrar em estado de cidadão, colocando em risco o legítimo direito do cidadão à segurança (JAKOBS, 2005).

Conceitua-se de formas distintas o ser humano e o cidadão (pessoa), onde aquele é resultado de um processo natural (nascimento). Enquanto pessoa significa representa um papel, é representação de uma competência socialmente compreensível. Os indivíduos, como partícipes de uma sociedade – criação de um mundo objetivo – definem-se pelo fato de que para eles o mundo objetivo é válido, ou seja, eles aceitam e coadunam com as normas postas, respeitando-as (JAKOBS, 2003).

Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real (JAKOBS, 2005). Logo, pessoa é um produto social, inserido em um contexto (social-político-normativo), detentor de direitos e deveres. O inimigo desconhece esse dever, em especial de respeitabilidade das leis.

Em resumo cidadão é o resultado da unidade de direitos e deveres somada ao respeito pelo direito e às garantias cognitivas comportamental.

Em conclusão avalia que os referidos filósofos já distinguiam um direito penal do cidadão, sendo utilizado contra pessoas que não delinquem de modo persistente, de um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio (JAKOBS, 2005).

Ante esse cenário Jakobs tece os fundamentos do seu direito penal do inimigo, ao lado de um direito penal do cidadão, como dois polos de um mesmo mundo.

Para o jurista alemão, deve existir uma separação clara de ambos para que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer forma de incidência do segundo no primeiro. Deve existir uma limitação ao Direito Penal do Inimigo.

O direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) se caracteriza em razão de que o autor do fato é pessoa cidadão (*bürger*). É um direito penal aplicado a todos, dirigido ao infrator que desviou a sua conduta e praticou um crime, mas não coloca em perigo o Estado ou as instituições, onde, após a aplicação da pena, se ajustará ao direito. Para ele



a pena é sanção aos fatos cometidos e o restabelecimento da vigência da norma. E há a exigência da observância aos direitos e garantias penais e processuais penais.

Enquanto isso, no direito penal do inimigo (*feind*) este é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional, e mediante sua vinculação a uma organização criminosa, abandona o Direito de modo, supostamente, duradouro e não de maneira incidental (SILVA SANCHEZ, 2001), sendo ele a fonte de perigo.

Tal direito penal se aplica ao sujeito que nega o sistema de respeitabilidade às normas, não se respeitando a norma posta, ao contrário expõem um comportamento antinormativo vulnerabilizando a expectativa de segurança das demais pessoas.

O direito penal do inimigo busca combater perigos e, como já dito, o próprio sujeito é a fonte do perigo. Nisto busca-se a criminalização de atos preparatórios, havendo uma antecipação penal punitiva. A pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, ocorrendo uma flexibilização dos direitos e garantias penais e processuais penais. Sendo uma expressão da terceira velocidade do direito penal, elencada por Jesus-Maria Silva Sánches.

Alguns exemplos de medidas que expressão um direito penal do inimigo já se encontra em nosso ordenamento jurídico e podemos citá-las, fazendo a separação como medidas de natureza penal e as de natureza processual. No primeiro caso: criação de crimes de risco abstrato, sem ofensividade e periculosidade; criminalização de atos preparatórios; agravamento de penas sem proporcionalidade entre gravidade do fato e a pena; concepção de pena como forma de garantir segurança; nomenclatura legislativa que indicam combate/guerra (leis de combate às organizações criminosas etc.).

Como exemplos de medida de natureza processual teríamos: restrições das garantias e direitos; alargamento dos prazos e incidência das possibilidades de prisão preventiva e temporária; dilação dos prazos investigatórios e de detenção “para fins investigatórios”; inversão do ônus da prova; generalização de métodos investigativos excepcionais; normas de direito penitenciário com recrudescimento e classificação dos presos (RDD); limitação e ou proibição de progressão de regime.

Como adiantamos, o direito penal do inimigo recebe censura das mais variadas. Manuel Cancio Meliá (2005) pontua que o direito penal do inimigo não pode ser taxado de direito, é uma contradição em seus termos, sendo algo distinto do que normalmente se chama de direito penal. Salaria que o direito penal do inimigo é um direito penal do autor o que o torna ilegítimo ante sua violação ao princípio liberal do direito penal do fato, onde se repele uma responsabilidade penal pelos meros pensamentos e modo de vida do sujeito.

André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (2005), na mesma linha defendida por Muñoz Conde, também tecem suas críticas ao afirmarem que mesmo após o cometimento do crime, o infrator não perde sua condição cidadão, não podendo ser despido das garantias constitucionais inerentes a esta condição, devendo o direito penal preservar, em seu âmago, as garantias constitucionais substanciais e formais sob o risco de não ser legítimo. Concluem, como Meliá, que se trataria de um direito penal do autor.

Há também os que aduzem que a existência de um direito penal do inimigo só poderia ocorrer em um estado totalitário, em uma sociedade não democrática (HABIB, 2016), chegando a comparar com o projeto do regime nazista desenvolvido por Edmund Mezger (GRECO, 2016), cotejo esse que entendemos muito distante e sem fundamento.

Ciente de tais críticas e do desenvolvimento das ideias, gostemos ou não, é unísono de que o direito penal do inimigo se encontra entre nós tipificado e, por vezes, escancarado, em várias expressões legislativas tanto nacionais como estrangeiras.



Como exemplo podemos citar a lei dos crimes hediondos, a lei de organizações criminosas, a lei 9.614/1998 denominada lei do abate, dentre outras, além de projetos de lei que estão sob apreciação do Congresso Nacional, a exemplo do projeto de lei nº 5365/20 que criminaliza o chamado “novo cangaço”.

6.1. Ele está entre nós: análise do projeto de lei nº 5.365-A de 2020 como expressão do direito penal do inimigo

Todos os dias os noticiários televisivos e os sítios de informação na internet veiculam a atuação dessas organizações criminosas levando o medo e a insegurança para as cidades do nosso país. Não se limitam a determinadas regiões, ao contrário, possuem engajamento em todos as plagas, desde o norte-nordeste até o sul. Não há cidade que tenha um banco que esses criminosos não atuam.

Destacam-se pelo seu proceder, com alto poder bélico, fazendo uso de armamentos pesados por vezes destinados apenas, dentro da legalidade, para as forças armadas. Fazem cidadãos de reféns e, por vezes, de escudo humano, objetivando o sucesso na empreitada criminosa, com a incapacidade de atuação das polícias, civis e militares, e a impunidade com fugas cinematográfica.

Tal movimento criminoso acabou por ser denominado pela mídia de “novo cangaço”.

Ciente do quanto ocorrido, incumbidos de seu mister legislativo, tendo em vista a necessária observância ao princípio da legalidade, os representantes do povo na Câmara dos Deputados aprovaram projeto de lei para criar medidas penais a fim de punir mais severamente este novo tipo de criminalidade organizada.

Trata-se do projeto de lei nº 5.365-A de 2020 que traz modificação no Código Penal para tipificar os crimes de domínio de cidades e de intimidação violenta, bem como alterar a lei 8.072/90, lei dos crimes hediondos, para que o crime de domínio de cidades, que seria tipificado no art. 157-A do Código Penal, seja classificado como hediondo.

Tal projeto já foi aprovado, em agosto de 2022, na casa de origem, e encaminhado para a casa revisora, o Senado Federal, para a sua devida aprovação e futura sanção, ou veto, presidencial.

Analisando detidamente o referido projeto de lei podemos observar a influência do direito penal do inimigo insculpido nesta novel legislação.

Ao tipificar tal conduta, o legislador etiquetou os autores de tais condutas como inimigo, ao perceberem que os mesmos, por seu modo de vida, reiteração de condutas, não respeitam as normas, as leis e nem o sistema. Colocam em risco toda a sociedade, não oferecendo uma garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal voltado para a respeitabilidade normativa.

Na confecção do projeto verifica-se que o Estado, por meio do Poder Legislativo, até o momento, vê tais indivíduos como ameaças concretas e que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação (JAKOBS, 2005) de serem submetidos a leis mais severas. Encaixa-se perfeitamente nessa abordagem o conceito de inimigo doutrinado por Jakobs.

Podemos, também, observar mais expressões do direito penal do inimigo, abordados acima, no referido projeto de lei. Tais crimes passariam a ter as maiores penas, em abstrato, tipificadas na legislação penal, chegando até o patamar de 40 anos, quando da ação resultar morte (art. 157-A, §2º, II). Concretiza-se assim a equação propugnada



por Manuel Cancio Meliá (2005), um direito penal simbólico somado a um punitivismo tendo como resultado o direito penal do inimigo.

Outro sinal latente do direito penal do inimigo é a punibilidade dos atos preparatórios. Fugindo à regra do princípio do direito penal *cogitationes poenam nemo patitur*, e da lesividade (ofensividade) o projeto traz em seu bojo a criminalização dos atos preliminares ao disciplinar que *os atos preparatórios ao crime estabelecido neste artigo serão punidos com a pena correspondente ao delito consumado, diminuída de 1/4 (um quarto) até 1/3 (um terço)* (art. 157-A, §3º; art. 288-A, §5º).

E, por fim temos que tais crimes, uma vez tornado lei, será qualificado como crime hediondo, trazendo consigo todas as consequências processuais e matérias previstas em seu corpo, o que para alguns autores (HABIBI, 2016) já é uma expressão legislativa do direito penal do inimigo.

Desta forma, ao analisarmos essa legislação vindoura, podemos identificar em sua natureza o DNA do professor Günther Jakobs e a digital de sua criação, o direito penal do inimigo. Apesar das críticas sofridas, com a crescente criminalidade, esse sistema, por vezes é bem recepcionado por quem busca uma forma mais severa, dentro das balizas constitucionais, punir e evitar os crimes, impedindo o seu cometimento e dando maior sensação de segurança para a sociedade.

E, como bem diz Jakobs (2005), *um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmento de regulação próprias do Direito penal do inimigo.*

Imbuído desse espírito é que o legislador ordinário propõe tal acréscimo no Código Penal. Onde, em cenas dos próximos capítulos, ocorrendo a sanção presidencial, esperaremos seu desembarque no Supremo Tribunal Federal para analisar a constitucionalidade das mudanças, e como será visto a doutrina do direito penal do inimigo na ótica dos ministros que lá estarão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o presente trabalho, podemos observar que a sociedade pós-industrial foi responsável por diversos fenômenos sociais e culturais, dos quais muitos acabaram por refletir nas ciências humanas e jurídicas, dentre eles o direito penal.

Atento a tais mudanças Jesus-Maria Sánches identificou comportamentos diferentes do sistema punitivo a depender do modo de aplicação de pena conjugado com flexibilizações das garantias constitucionais, denominando de velocidades do direito penal.

Na terceira e última velocidade, ante a aplicação da pena de prisão com a flexibilização das garantias processuais, objetivando uma maior efetivação do sistema contra crimes de maior gravidade, ante o aumento da criminalidade, dois aspectos foram observados como reflexos: o expansionismo e o simbolismo penal que, juntos acabam por dar origem ao direito penal do inimigo, doutrina, como visto, ensinada por Günther Jakobs, e inserida dentro do seu sistema funcionalista sistêmico.

Os perigos da sociedade, e a alta crescente das sociedades criminosas organizadas põe em xeque o sistema de segurança. Assim, legisladores atentos acabam por produzirem leis que tentam punir com maior rigor tais condutas criminosas.

Nesse cenário o direito penal do inimigo, vem ganhando corpo, tendo seu DNA em várias legislações já em vigor e que ainda estão em processos de análise, como explanado, mesmo com todas as críticas que sofre por parte da doutrina especializada, ele



vem crescendo. Caberá a análise de sua inserção ou não no sistema quando da apreciação por parte do Poder Judiciário que, por meio das cortes constitucionais, apreciará se as legislações que abraçam o direito penal do inimigo poderão, respeitando os princípios da legalidade e outras garantias, ter suas constitucionalidades reconhecidas, ou se terão que ser afastadas do ordenamento. Assim teremos toda a respeitabilidade ante um Estado Democrático de Direito e a garantia de uma correta penalização para os criminosos de mais alta periculosidade para a sociedade.

REFERÊNCIAS

Biografia Günther Jakobs. In: WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikipedia Foundation, 2021. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCnther_Jakobs. Acesso em 20 de setembro de 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BOZZA, Fábio da Silva. Bem jurídico e proibição de Excesso como limites à expansão penal. São Paulo: Almedina, 2015.

CALLEGARI, André Luís; Raul Marques Linhares. Direito penal e funcionalismo um novo cenário da teoria geral do delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5365/2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265995>. Acesso em 28 de setembro de 2022.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira. Como a ideologia política influencia os limites de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

D´AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEODATO, Felipe A. F. de Negreiros. Adequação social. Sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal. 9º ed. Niterói: Impetus, 2016.

HABIB, Gabriel. O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos. Niterói: Impetus, 2016.





JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal.** Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Sociedade, norma e pessoa. Teoria de direito penal funcional.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do direito penal:** 2ª ed. rev. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas.** Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LLÁCER, Toni. **Nietzsche, o super-homem e a vontade de poder.** São Paulo: Salvat, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas:** 2ª ed. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

MOCCIA, Sergio. **De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales.** In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Barcelona: Bosch, 1997.

NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico-penal reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora.** São Paulo: Dialética, 2021.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs:** 2ª ed. rev. Livraria do Advogado, 2013.

RIOS, Dornival Ribeiro. **Grande dicionário unificado da língua portuguesa.** São Paulo: DCL, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2ª ed. Organização e Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal. Aspectos de lapolitica criminal em las sociedades postindustriales:** 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal. Parte geral.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal:** 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.