



## DA TEORIA DOS SISTEMAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Milena Trajano dos Anjos<sup>1</sup>  
Érica Babini Lapa do Amaral Machado<sup>2</sup>

### RESUMO:

O presente texto tem por objetivo discutir como a Teoria dos Sistemas trabalhada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann foi utilizada como embasamento para que o, também alemão, Günther Jakobs fundasse, por meio da sua teoria do funcionalismo normativo-sistêmico, o Direito Penal do Inimigo. Este estudo será guiado pelas lentes da Crítica, rejeitando veementemente qualquer teoria que rebaixe o indivíduo a uma condição sub-humana, como pretende o direito penal do inimigo. Utilizando-se do método de revisão bibliográfica, será percorrido o caminho de modo a demonstrar a incompatibilidade do direito penal do inimigo com o Estado de direito.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas; Funcionalismo normativo-sistêmico; Direito Penal do Inimigo; Estado de Direito; Dogmática Penal

### FROM THE SYSTEM THEORY TO THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: A CRITICAL ANALYSES

### ABSTRACT:

The Theory of Systems thought by Niklas Luhmann which grounds Günther Jakobs theory - normative-systemic functionalism, the Criminal Law of the Enemy is discussed in this text. To analyse the theory is used critic lenses, which vehemently rejects any theory that would lower the individual to a subhuman condition as intended by the criminal law of the enemy. Using the method of literature review, the way will be traced in order to demonstrate the incompatibility of the criminal law of the enemy with the rule of law.

**Keywords:** System Theory; Normative-systemic functionalism; Criminal Law of the Enemy; Democratic State; Criminal Law

## 1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: A SOCIEDADE E O HOMEM NA TEORIA DOS SISTEMAS – SISTEMA SOCIAL E SISTEMA PSÍQUICO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, através de revisão bibliográfica, como a Teoria dos Sistemas, fomentada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, foi utilizada como ponto de partida para que o, também alemão, Günther Jakobs fundasse, através das ideias do seu funcionalismo normativo-sistêmico, o Direito Penal do Inimigo.

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.



A Teoria dos Sistemas, elaborada pelo alemão Niklas Luhmann, concebe a sociedade como um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Desse modo, as sociedades modernas se caracterizam pela complexidade, pois nestas são inúmeras as possibilidades de interação social; bem como pela contingência, uma vez que, as possibilidades serão sempre maiores do que aquelas que poderão ser efetivamente realizadas. (LUHMANN, 1983)

Partindo da diferenciação funcional dos sistemas parciais, os sistemas são formados para exercer funções especiais e específicas, sendo, portanto, distintos entre si. A função dos sistemas seria, portanto, reduzir a complexidade em relação destes para com o seu ambiente ou entorno. A complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente. Há, então, uma seleção de quais interações sociais serão acolhidas – valoradas positivamente – e quais outras serão rejeitadas – valoradas negativamente. Isto é, ocorre uma redução de complexidades, que indica uma diminuição das possibilidades de interação que são aceitas (desejadas).

Para Luhmann,

A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem se referir. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente mais domesticado, de menor complexidade, no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema (LUHMANN, 1983, p. 168).

Mas o que seria o ambiente dessa sociedade enquanto sistema social? Na concepção da antiga tradição europeia da filosofia social e da filosofia do direito, a sociedade era vista como uma associação de homens concretos (corpo social). Assim, o ambiente da sociedade só podia ser constituído por outras sociedades, ou seja, por corpos sociais formados por outros homens. Consequentemente, os limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes (LUHMANN, 1983).

A teoria sociológica de sistemas, em seus desenvolvimentos mais recentes, forçou o rompimento com tais concepções. O sistema social exclui o homem concreto. O homem existe apenas como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As



possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticas às da sociedade enquanto sistema social (LUHMANN, 1983).

De tal modo, em decorrência da redução de complexidades, são edificados os sistemas sociais, os quais são constituídos em repertórios e estruturas. Os sistemas sociais coexistem entre si. Por exemplo, o sistema jurídico é um subsistema social, e o sistema jurídico penal é um subsistema do sistema jurídico, etc. É característica das sociedades modernas a formação de sistemas sociais funcionalmente estratificados. A função dos sistemas seria de justamente reduzir a complexidade social e garantir o mínimo de estabilidade nas relações, assim, entre sistema e meio há uma diferença, que pode ser descrita como diferença de complexidade: o meio de um sistema é sempre mais complexo do que o próprio sistema (LUHMANN, 2011).

A identidade das ações que constituem ambos os sistemas (psíquico e social) não permite concluir que os próprios sistemas sejam idênticos, por isso que homem e sociedade são reciprocamente ambiente. Cada um é para o outro, por demasiado, complexo e contingente, e ambos encontram-se estruturados de tal maneira que, a despeito disso, possam sobreviver. A estrutura e os limites reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas (LUHMANN, 1983).

Porém, tudo que é possível comunicar, deve passar primeiramente, pelo filtro da consciência. Nesse sentido, a comunicação é totalmente dependente da consciência e, ao mesmo tempo, algo que a exclui completamente, já que a consciência nunca é comunicação (LUHMANN, 2011).

Os sistemas sociais realizam a operação chamada de comunicação. Seguindo esse raciocínio, a sociedade é um conjunto amplo de comunicações. Dessa maneira, só se pode falar na existência de comunicação no interior da sociedade, não havendo, portanto, comunicação no ambiente. Assim sendo, tomando a ideia dos homens como sistema psíquico, não se pode falar entre comunicação entre homens como indivíduos, mas apenas comunicação entre os sistemas. A comunicação se resumiria na síntese de três elementos: o ato de comunicar, a informação transmitida e a compreensão dessa informação (LEITE, 2007).

## 2. CÓDIGO BINÁRIO, ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS E AUTOPOIESE

De acordo com Luhmann, para que a comunicação seja realizada, cada sistema social possui um código binário, composto por valores opostos (positivo/negativo), através do qual



se reduz a complexidade do ambiente no momento da seleção de informações. Cada subsistema social possui seu código específico e o emprega de maneira exclusiva. No sistema jurídico, por exemplo, esse código consiste em lícito/ilícito ou conforme o direito/não-conforme o direito (LEITE, 2007).

O ambiente tem a capacidade de “irritar” os sistemas e, devido a essas irritações, os sistemas absorvem informação através do seu código binário, que funciona como uma espécie de filtro para selecionar o que é e o que não é importante. É, portanto, devido a este código, que o sistema é operacionalmente fechado, porém cognitivamente aberto. Não significa que os sistemas sejam totalmente fechados, pois eles interagem com o ambiente e dele são dependentes para sua própria evolução e, por isso é que eles são cognitivamente abertos (TEIXEIRA, 2009).

Como anteriormente colocado, na sociedade moderna diferenciada funcionalmente, há um elevado grau de complexidade e de contingência. Neste instável contexto de incertezas, as expectativas têm o papel de guiar de forma estável a comunicação e realizar a redução dessa complexidade a fim de orientar, de certo modo, as condutas sociais. Assim sendo, surge a necessidade de diferenciar entre as expectativas cognitivas e as expectativas normativas (LEITE, 2007).

As expectativas cognitivas são aquelas nas quais existe a possibilidade de modificação frente aos desapontamentos, de maneira a adaptar-se à realidade decepcionante, isto é, são aquelas que têm aptidão à aprendizagem. Esse tipo de expectativa é característico dos sistemas científicos, cujas suposições são modificadas em caso de serem frustradas pela realidade dos fatos (LUHMANN, 1983).

Já as expectativas normativas são aquelas que, não obstante o desapontamento, se mantém, isto é, elas não são abandonadas caso alguém as transgrida. Dessa maneira, a expectativa é conservada, e a discrepância é imputada ao ator da conduta dela desviante. Tais expectativas são típicas dos sistemas que intervêm na conduta humana. Assim, as normas jurídicas caracterizam-se como expectativas estabilizadas de comportamento (LUHMANN, 1983).

Assim, o Direito sempre imagina que o desvio de conduta pode acontecer, porém, como as expectativas normativas estão estabilizadas congruentemente – ou seja, reguladas em todas as dimensões – elas são mantidas apesar das frustrações. Para Luhmann, o conceito de sistema que se baseia apenas em estruturas jurídicas deve ser abandonado, pois, muito embora



tais estruturas sejam importantes na conceituação de sistema, deve ser atribuída maior importância às operações fáticas, ou seja, às comunicações produzidas pelo sistema (LEITE, 2007).

Significa dizer que o Direito adquire realidade por meio das operações fáticas que produzem e reproduzem o sentido específico do sistema jurídico, diferenciando-o de seu ambiente. Uma vez que é diferenciado de seu ambiente, este sistema apresenta-se como um sistema autopoietico, isto é, operativamente fechado (LEITE, 2007).

A noção de autopoiese foi originalmente utilizada na Biologia Humberto Maturana e Francisco Varela, como sendo a capacidade do sistema de sua autorreprodução. Na concepção biológica de autopoiese, há uma percepção radical do fechamento, pois, para a produção de relações entre sistema e ambiente é necessário um observador de fora do sistema, isto é, de outro sistema (TEIXEIRA, 2009).

Os autores levantam a hipótese de que experiências sociais e estrutura biológica são intrinsecamente atreladas, o que implica afirmar que o homem não é capaz de ver o todo, apenas uma parcela da realidade que o circunda. Portanto, o conhecimento é parcial. Assim, desconstruem o modo pelo qual o homem crê conhecer, e com isso demonstram que as “tentativas”, as quais são uma forma de alienação e perda da equanimidade interior, são o perigo do ato de conhecer.

Como exemplo, a primeira destas tentativas é a certeza, um sentimento no qual o homem se debruça e percebe que “nossas convicções provam que as coisas são somente como as vemos e não existe alternativa para aquilo que nos parece certo” (MATURANA & VARELA, 2001). Contudo, esta perspectiva é imediatamente desmistificada quando a partir do momento em que os autores apresentam que a experiência cognitiva é um fenômeno individual e que é incipiente para conhecer o fenômeno de conhecer do outro.

Luhmann, então, modificou o conceito de autopoiese, de modo a considerar como elementos do sistema social não as pessoas em si mesmas, mas sim as comunicações que se fazem entre elas. O sistema social tem como elemento a comunicação, e, particularmente o sistema jurídico-penal, a comunicação normativa decorrente de juízos binários sobre condutas (crimes ou indiferentes penais) (SANTOS, 2009).

Vale ressaltar que a autopoiese não acarreta cessação absoluta da comunicação com os demais sistemas sociais, mas sim que essa comunicação apenas será possível por meio dos elementos próprios do sistema em questão. Exemplificando, o sistema jurídico comunica-se



com o sistema político por meio das normas jurídicas, elementos comuns a ambos os sistemas, já que as normas são edificadas através de um procedimento legislativo e, portanto, político (SANTOS, 2009).

Há, pois, na teoria sistêmica, uma exacerbada ênfase no aspecto comunicativo, deixando de lado os demais aspectos inerentes à pessoa, relativos à sua esfera individual. Nesse sentido, para a teoria dos sistemas, pouco interessam as características particulares e individuais, pois apenas são valorizadas as comunicações provenientes das condutas. Assim sendo, a sociedade e seus subsistemas não se compõem de indivíduos, mas de comunicações: a ideia de sujeito individual como centro de todo sistema se dispersa por completo.

A compreensão sistêmica de Günther Jakobs é deveras peculiar, e destoa um pouco da luhmanianna que lhe serviu de inspiração, pois privilegia o sistema jurídico-penal em relação aos demais sistemas sociais. Desse modo, a redução de complexidades proporcionada pelo Direito Penal é determinante na configuração da própria estrutura da sociedade.

### **3. O FUNCIONALISMO NORMATIVO-SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A princípio, cumpre esclarecer que Jakobs utilizou, pela primeira vez, essa expressão com a finalidade de criticar a constatação do endurecimento das legislações e políticas criminais das últimas décadas, no entanto, reforçado pelos atentados terroristas acontecidos pelo mundo, sua teoria transmutou-se a fim de defender a sua legitimidade parcial, como modo de deter o crescimento do próprio direito penal do inimigo (ZAFFARONI, 2007).

Todavia, a proposta da admissão de um tratamento diferenciado, sob o título de direito penal do inimigo, ainda que parcialmente e visando à sua própria contenção, imaginando ser possível impedir que todo o direito penal fosse contaminado, permitiria que ambos os direitos penais – o do cidadão e o do inimigo – funcionassem sob o mesmo marco do Estado de direito (ZAFFARONI, 2007).

Compete, destarte, apontar qual seria o objeto do Direito Penal segundo o funcionalismo normativo-sistêmico, proposição de Jakobs que serviu como fundamento para a teoria do Direito Penal do inimigo. Para esse autor, o objeto do direito penal seria a proteção da estrutura normativa que garante a relação entre as pessoas. Para Jakobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma ( ZAFFARONI, 2007).



O funcionalismo indica que algo deve exercer uma função, sendo o atendimento dessa o objetivo do sistema. Nesse sentido, as diversas correntes que existem, apesar das divergências, têm o ponto comum de trazer a política criminal, o elemento das ciências criminais que define a finalidade do direito penal, para próximo da dogmática, enxertando os conceitos da leis de elementos finalísticos.

Assim, quando se fala que a imputação objetiva realizou um resgate de elementos teleológicos, de *telos*, que significa fim, está se afirmando que a punição deve atender a um fim específico; fim este que o Funcionalismo normativo define a partir de valores que devem ser buscados pelo sistema, dentro do próprio sistema. Assim, os conceitos são reconstruídos à luz da função político-criminal do Direito Penal.

Importa, porém, diferenciar as duas grandes correntes funcionalistas do Direito Penal.

O dualismo normativo tem que o sistema penal está teleologicamente orientado por valores limitados segundo aspectos materiais da vida social, enquanto que os normativistas, por serem autopoieticos, não admitem limitação externa ao subsistema, de modo que os seus limites são os próprios fins do sistema penal.

Na perspectiva dualista (ROXIN, 2008), a metodologia, nas considerações de Roxin, a política criminal funciona como o eixo determinante da análise dos elementos do tipo, posto que a pura abstração dogmática até então reinante na dogmática penal causa uma série de intervenções desarrazoadas, e sendo Direito Penal a ferramenta mais drástica do Estado, seu uso deve ser comedido as situações realmente necessárias à realização da segurança jurídica.

É nesse sentido que a política criminal (ROXIN, 2002) deve intervir erigindo princípios do Estado Social Democrático de Direito, segundo o qual as decisões interventivas devem ponderar a necessidade estatal e a liberdade individual, sendo essa a mais importante decisão político-criminal, sempre respeitando as garantias individuais constitucionalmente asseguradas (ROXIN, 2002).

Ainda na perspectiva dualista, o fundamento teórico é que o Direito Penal tem a missão constitucional de proteger subsidiariamente os bens jurídicos (ROXIN, 2006) mais fundamentais para a vida em sociedade, de modo que sua função é eminentemente preventivo-geral. Por essa razão somente poderá proibir condutas perigosas que gerem riscos, e tão somente os riscos permitidos, posto que hoje, numa sociedade tão altamente globalizada e tecnológica, existem riscos naturais, esses permitidos para um saudável desenvolvimento social.



Com isso, consegue-se a referência à realidade como matéria jurídica, posto que o direito deve conhecer onde irá atuar. O exemplo claro dessa relação dualista é a dicotomia entre a parte especial e a parte geral. Para Roxin, apesar da parte especial conter definições legislativas conceituais subsumíveis, os conceitos da parte geral, como o injusto ou a culpabilidade, são critérios axiológicos impossíveis de serem delineados aprioristicamente pelo legislador. Desse fenômeno decorre a criação do princípio da insignificância, criado pelo próprio Roxin, para excluir a incidência de um tipo incriminador, diante da bagatela produzida. Assim, os critérios de política criminal estariam abrangendo a parte geral, em nada alterando as definições conceituais da parte especial. É uma integração entre a literalidade da parte especial e a política criminal da parte geral.

É por buscar nos dados reais a sua intervenção que Roxin usa o método de grupo de casos que são tipologias que procuram mostrar ferramentas manuseáveis e seguras para a aplicação do Direito. Assim, diminuição do risco, risco permitido, risco juridicamente irrelevante, comportamento alternativo conforme o Direito, fim de proteção da norma são concretizações da realização do risco no resultado (ROXIN, 2002).

Por outro lado, o funcionalismo monista-normativista a parte da prevenção geral positiva é a manutenção na confiança no sistema. Aqui, exatamente, Jakobs toma a ideia de sistema de Niklas Luhmann de autopoiese (JAKOBS, 2003).

Nesse sentido, o Direito Penal, que sendo um subsistema do sistema social apenas se preocupa na manutenção da identidade social, e não um meio de controle social; de modo que a função do Direito penal é corresponder às expectativas normativas da sociedade, protegendo a violação da norma (JAKOBS, 2000).

Com esse cabedal teórico, ele realiza seus esforços no sentido de desenvolver uma teoria do crime orientada para os fins do direito penal. Mas diferente de Roxin que indica a proteção de bens jurídicos, a função do Direito Penal para Jakobs reside na reafirmação da vigência da norma que o comportamento delinquente violou.

A teoria de Jakobs é também denominada de normativismo porque é livre de dados empíricos. Quem pratica um delito, antes de destruir o bem jurídico, viola uma norma e a visão de mundo do delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade que se veem inseguros e desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece. Assim, a atuação do Direito Penal através da sanção, reafirmará a prevalência do Direito e da norma aos olhos dos demais membros da sociedade.



Para Jakobs o feixe dessas expectativas ligadas à pessoa é o que ele denomina de papel, conceito central na teoria dele. Papeis são as funções que os indivíduos desempenham em respectivo contrato social, os quais são garantidos pelo Direito Penal. Nesse sentido, ele define que a ação será objetivamente típica se ele violar esse papel, que se traduz na posição de garantidor.

Enfim, uma vez violado o papel e decepcionadas as expectativas dirigidas pela sociedade ao autor, está criado o risco juridicamente desaprovado, independentemente de resultados que se bastam no risco (JAKOBS, 2005).

Isto é, o funcionalismo normativista de Jakobs procura expurgar os conceitos básicos do direito penal de todo e qualquer elemento relativo à realidade. Por conseguinte, busca-se extrair o conteúdo conceitual unicamente das funções do sistema social em questão, seu entendimento do direito penal se adapta a qualquer política criminal, podendo, conseqüentemente, admitir, sem problema algum, qualquer modernização do direito penal (PRADO, 2006).

Deste modo, ao propor-se que a interpretação conceitual seja realizada baseada na funcionalidade do sistema vigente, as reais determinações são tomadas de maneira puramente decisionista, por trás da fachada de uma série de argumentações circulares. Portanto, percebe-se com facilidade que uma formulação de conceitos unicamente normativa, ou seja, livre de referências empíricas, só pode dar lugar a conceitos vazios, que poderiam ser preenchidos integralmente com um conteúdo de um modo puramente arbitrário (PRADO, 2006).

Por esses motivos, Günther Jakobs afirma que o bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal seria a própria norma jurídica. No funcionalismo normativo-sistêmico, a manutenção da integralidade do ordenamento jurídico é a única meta a ser atingida pelo Direito Penal, isto é, o Direito Penal ocupa-se das condições de interação, ou seja, da tutela das próprias normas sociais (PRADO, 2006).

Partindo da diferenciação funcional dos sistemas da teoria sistêmica elaborada por Niklas Luhmann, segundo a qual a função do Direito seria de estabilizar congruentemente expectativas normativas, Jakobs, utilizando-se da teoria de Luhmann como seu ponto de partida, ao apresentar os paradigmas do funcionalismo sistêmico, enxerga o delito como ausência de fidelidade ao Direito, que causa lesão da confiança institucional, uma vez que foram desviadas as expectativas dirigidas ao portador de um papel (JAKOBS, 2000).



No momento em que o indivíduo comete o delito, estaria frustrando uma expectativa, que é um elemento estruturante da própria identidade da sociedade. Consequentemente, em razão dessa ilegalidade, a norma lesada carece de uma reafirmação, que é executada por meio da pena: a pena seria o mecanismo imprescindível para reestabelecer a confiança no Direito. Desta forma, a norma jurídica é, meramente, a consequência de uma abstração social, estando indiferente à noção de ser humano enquanto pessoa (PRADO, 2006).

O indivíduo, então, passa a ser considerado pessoa apenas por meio da condição de portador de uma função, pois como Jakobs compreende que a sociedade humana se origina através da validade das normas – na definição de expectativa de comportamento – cujos destinatários são portadores de funções. Seguindo esse raciocínio, a justificativa da pena seria a conservação do equilíbrio sistêmico, isto é, a pena teria realmente uma função meramente simbólica de restauração da confiança e da fidelidade ao Direito (PRADO, 2006).

A pena seria, então, coação. É coação porque é portadora de um significado: portadora da resposta ao fato. O fato (como ato de uma pessoa racional) significa algo, significa uma desautorização à norma, um ataque à sua vigência, e, nesse diapasão, a pena também significaria algo. Significa que independentemente da ação do autor, a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade (JAKOBS, 2005).

Em prol da funcionalidade, os indivíduos operariam funcionalmente ao passo em que se amoldam às respectivas funções, as quais vislumbram equilibrar o sistema, o qual, por seu turno, normativiza essas funções para alcançar a sustentação de seu equilíbrio, e assim sucessivamente dentro deste círculo (PRADO, 2005). Isto é, a teoria dos sistemas se estabelece sobre a necessidade do controle que se autolegitima e que age conforme uma crescente ênfase nas funções desempenhadas, ficando todas as possíveis escolhas individuais subordinadas às funções que as tornam viáveis para a existência e equilíbrio sistêmicos (PRADO, 2006).

Assim, quanto mais moderna for a sociedade, mais definidos serão os papéis sociais, ou seja, mais determinadas serão as expectativas de quais condutas são legítimas e devem ser obedecidas pelas pessoas em determinada conjuntura. Por conseguinte, a partir da redução de complexidades, forma-se um repertório, que seria justamente as condutas as quais se espera que sejam cumpridas pelas pessoas em determinada ocasião, uma espécie de conjunto de condutas legitimadas (papéis sociais) (ADEODATO, 2002).



Dessa maneira, diante de uma determinada situação, a sociedade selecionaria uma conduta como a mais legítima e desejável. Entretanto, na ocasião em que um crime fosse praticado, ocorreria a frustração de uma expectativa de conduta. Isso, porque o delinquente escolhe não obedecer ao papel social que lhe fora imputado, comportando-se de forma diferente do padrão convencionado socialmente. A responsabilidade penal seria, precisamente, uma decorrência da quebra dessa expectativa de conduta. Logo, o Direito criminal serviria como um reforço da proibição contida no tipo penal, por meio da imposição da sanção (JAKOBS, 2000).

Percebe-se, então, que, se não há, como afirmado por Günther Jakobs, uma conexão entre as normas e o conteúdo a ser resguardado, o Direito Penal poderia ser utilizado para a manutenção de qualquer ordem jurídica vigente, mesmo aquelas contrárias ao Estado democrático de Direito, e de aspectos autoritários. As críticas partem do princípio de que o Direito Penal deve ter, portanto, uma orientação política e axiológica (BARATTA, 2004).

Desta feita, o sentido social de uma conduta é extraído, segundo a teoria de Jakobs, independentemente da vontade do autor, valendo-se, assim, de critérios meramente objetivos na determinação da periculosidade social de uma conduta. Assim, a Teoria da Imputação Objetiva, ou teoria do tipo objetivo tem seu alicerce na concepção do injusto como expressão de sentido (perturbação social) incompatível com a norma. Desse modo, seria preciso delimitar os comportamentos socialmente adequados dos comportamentos socialmente inadequados. Só por meio dessa distinção de parâmetros é possível se dizer qual o comportamento exigível de uma pessoa em determinado contexto (PRADO, 2006)

Assim, a categoria da imputação do comportamento é estabelecida a partir da ideia de que somente os comportamentos supostamente perigosos podem ser penalmente desvalorados. Pois pressupõe-se que o injusto tenha uma medida objetiva, uma vez que as normas se apresentariam como *standards* de comportamento que norteiam os demais membros da comunidade. Ademais, o sujeito cujo comportamento deve passar pelo filtro da imputação objetiva deve ser definido de maneira normativa, por meio do papel social que desempenha.

Pois bem, o sistema punitivo, diversamente de uma tutela penal legítima, quando se aponta aos inimigos, precipita-se à própria lesão (MIR PUIG, 2001). Assim sendo, o fundamento da sanção, nesses casos, seria tão-somente a presunção de um risco, em decorrência da periculosidade imputada ao delinquente, uma vez que a coação se conduz



contra o indivíduo perigoso, mas também se direciona – sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos (JAKOBS, 2005).

Ora, se o sistema punitivo não precisa esperar a prática de uma ação para responsabilizar criminalmente alguém, remanesceriam somente as características particulares, como únicos critérios definidores da periculosidade do indivíduo. Se esse indivíduo for estranho à sociedade – imigrante, marginalizado, ex-detento, etc. –, propende a ser considerado como inimigo, pois não alcançaria os requisitos mínimos de confiabilidade exigidos pela sociedade, isto é, não proporcionaria uma segurança cognitiva suficiente para ser considerado cidadão e, portanto, digno de direitos e garantias (SANTOS, 2009). Não se trata, em primeiro plano, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo. A punibilidade avança para o âmbito da preparação, enquanto a pena dirige à segurança frente aos danos futuros, e não à sanção de fatos cometidos (JAKOBS, 2005).

#### **4. PARA ALÉM DE UM CONCEITO... QUAL A ESSÊNCIA DO INIMIGO?**

Inicialmente, cumpre esclarecer que a essência do tratamento diferenciado atribuído ao dito inimigo consiste na negação de sua condição de pessoa pelo Direito. Faz-se a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas). Deste é retirado ou negado seu caráter de pessoa, tendo privados os seus direitos, pura e simplesmente porque é considerado como um ente perigoso ou daninho (ZAFFARONI, 2007).

Levando em consideração uma concepção política, a distinção entre amigo e inimigo equivaleria aos extremos significativos existentes, por exemplo, no contraste entre bom e mau. Porém, o conceito de inimigo deve ser entendido em um sentido concreto, e não somente como uma metáfora. A princípio, o inimigo seria categoricamente real. Logo, produz efeitos políticos reais. Segundo Carl Schmitt, a inimizade não se pauta em qualidades decorrentes de valorações morais, estéticas e outras. Por esse motivo, o inimigo não seria fundamentalmente feio, ou mau. No entanto, sempre será o outro, um estranho (SCHMITT, 1992).

O inimigo, portanto, não seria o concorrente ou o adversário em geral, nem o particular, pelo qual se tem antipatia. O inimigo é um conjunto de homens que se contrapõe a



um conjunto semelhante, isto é, o inimigo é apenas o inimigo público. Por esse motivo, inimigo é *hostis* (inimigo político), e não *inimicus* (inimigo pessoal) (SCHMITT, 1992).

Em relação a este último, é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser, ou realização extrema da hostilidade. Pois o *hostis*, por carecer de direitos em termos absolutos, é quem estaria fora da comunidade. Trata-se, portanto, de inimigo declarado. Não porque ele próprio assim se declare, mas porque assim são declarados pelo poder (ZAFFARONI, 2007).

Justamente por essa razão, poderia haver situações extremas em que surjam conflitos contra ele. De fato, a existência da inimizade implica na possibilidade efetiva de um confronto (ZAFFARONI, 2007). Assim sendo, a guerra é a mais extrema consequência da inimizade, pois é a negação existencial do inimigo. Ela não precisa ser algo ideal ou desejável, porém, não obstante, necessita permanecer como uma possibilidade real, enquanto o conceito de inimigo permanecer válido, uma vez que, por mais que se tente dissimular, não se concebe inimigo sem guerra (ZAFFARONI, 2007).

A separação entre um Direito Penal de combate a inimigos e outro aplicado aos cidadãos parte da premissa de que o Estado deve prover direitos e garantias, ao menos para com os classificados como cidadãos (não-inimigos) (ZAFFARONI, 2007). No entanto, ao longo deste trabalho, verificar-se-á a fragilidade dessa afirmação, devido ao aumento de discricionariedade investigadora das agências policiais, pois, a quem cabe a decisão sobre quem deve ou quem não deve ser considerado inimigo?

A maior problemática em torno da questão do Direito Penal do inimigo consiste na argumentação da existência de não-pessoas, indivíduos submetidos a um processo de coisificação, e que deveriam ser tratados, pelo sistema punitivo, tão-só como objetos de coação. O inimigo, conforme lecionou Günther Jakobs, não pode receber tratamento de cidadão, e, conseqüentemente, de pessoa, pois “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa” (JAKOBS, 2005, p. 36).

Em consequência desse paradigma, há sempre a possibilidade real do sistema de exceção inclinar-se para a guerra, que é uma seqüela do conceito de inimizade. Por essa razão, Günther Jakobs afirmou que “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, 2005, p. 30). Pois a relação com um inimigo não se pauta pelo Direito, mas pela coação.



Vale salientar que, em caso de conflito extremo, quem decide quem são os inimigos é o soberano. O que significa dizer que somente a ele cabe, na estrita medida da necessidade, mas ainda assim segundo sua discricionariedade, considerar o outro como pessoa, ou negar-lhe sua existência, sendo, então, necessário defender-se e combatê-lo (ZAFFARONI, 2007).

Essa “necessidade” será entendida pela neutralização de um perigo e, conseqüentemente, pelo provimento de segurança. Entretanto, como não existe segurança absoluta, aquele que afere a conveniência desta medida terá continuamente a chance de invocar a necessidade de maior segurança, a fim de sempre estar estabilizando as expectativas do sistema (ZAFFARONI, 2007). Ao se limitarem as garantias processuais, todos, indistintamente, correrão o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos.

## **5. MARCAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA DOGMÁTICA PENAL**

Existem três características atuais da dogmática jurídico-penal que indicariam a presença de um sistema punitivo de desprezo a inimigos.

A primeira delas diz respeito à propensão à punição antecipada. Segundo Jakobs, o Direito Penal contemporâneo é assinalado, entre outros fatores, pelo adiantamento da punibilidade. Isto é, à criminalização de condutas precedentes à lesão de um bem jurídico penalmente protegido. O senso de que o bem jurídico estaria desprotegido a perigos desmoderados, e de que apenas retroagindo sobremaneira a tutela penal, de modo a antecipar-se à lesão desse bem jurídico, seria possível protegê-lo eficazmente, acarretou em um Direito Penal cada vez mais formalista, porque encontra-se desconectado, em um sentido material, dos bens jurídicos que pretendia proteger (JAKOBS, 2005).

Deste modo, a ânsia em tentar resguardar os bens jurídicos dos riscos intrínsecos à modernidade e fazendo uso da tutela penal, fez com que a proibição das condutas recuasse aos atos anteriores ao início da lesão dos mesmos. Assim, passou a existir um novo paradigma em relação ao momento no qual as condutas passam a ser criminalizadas, uma vez que a lógica da segurança, a qual diz que deve haver um esforço de evitação de riscos, implicou na imputação de responsabilidade penal por atos muito anteriores àqueles que efetivamente lesionam o bem jurídico (CANCIO MELIÁ, 2005).



Em contrapartida, a antecipação da punibilidade também produziu o medonho efeito da identificação prévia de indivíduos supostamente perigosos, para os quais o sistema punitivo deveria olhar com mais alerta. Ora, ao passo em que a lesão dos bens jurídicos não seria mais um indicador seguro para a criminalização das condutas, os próprios indivíduos passaram a ser o parâmetro medidor da ameaça das mesmas.

A partir desse momento, características individuais passaram a ser determinantes para definir se determinada prática seria ou não criminosa. Em outras palavras, o sistema punitivo absorveu traços definidores de um Direito Penal de autor, modelo que preconiza que as condutas teriam menos importância que as peculiaridades dos indivíduos, no momento de se apontar os delinquentes (CANCIO MELIÁ, 2005).

A segunda característica da presença da lógica do inimigo na dogmática penal reside na ideia de que as penas atribuídas a determinados crimes tendem a ser inflacionadas, em clara desproporção no tocante à sua lesividade, ou seja, o emprego de penas exageradamente gravosas. Isso acontece devido ao fato de que as sanções cominadas para os pretensos inimigos são, sempre, desproporcionais com relação aos ilícitos cometidos. Configuram-se por serem isolamentos por períodos longos, por vezes até indeterminados (como os casos das medidas de segurança), nos quais a única intenção é anular o indivíduo hostil (JAKOBS, 2005).

Deveras, em certas situações, não haveria nem mesmo a lesão efetiva ao bem jurídico, para que pudesse ocorrer a imputação da censura, o que deveria evidenciar a imposição de pena mais suave. Entretanto, a presunção de periculosidade do inimigo argumenta em favor de uma sanção mais severa, mesmo que em decorrência de fatos sem repercussões materiais mais graves. Dessa forma, a pena realmente serve apenas como pura coação, uma manifestação desmesurada do poder punitivo. É tão-somente intimidação, além de um mecanismo de se evitar perigos (JAKOBS, 2005).

Por último, a mais grave marca do uso do conceito de inimigo na dogmática consiste na suposição de que os inimigos, por não proporcionarem uma mínima garantia cognitiva, deveriam ser tratados como coisas, porque não seriam, efetivamente, pessoas. Essa coisificação do homem seria justificada como sendo o resultado de uma autoexclusão, motivada pelo fato de o suposto delinquentes se colocar em guerra contra o Estado (CANCIO MELIÁ, 2005).



## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ESTADO DE DIREITO

O conceito de inimigo jamais será compatível com um Estado de direito, nem com os princípios do liberalismo político, pois este pressupõe o hábito de respeitar o dissenso dos outros exercitado contra nós. Para o direito penal do inimigo, a dissidência de opinião é guerra, hostilidade que autoriza repressão e até morte: o dissidente é inimigo (ZAFFARONI, 2007).

O que significa dizer que a afirmação de que a própria existência de um sistema punitivo paralelo, de combate a inimigos, regulado por uma lógica diferenciada daquela delimitadora do Direito Penal garantista, já alude à negação do Estado de Direito. Desse modo, o uso do paradigma da inimidade e, por conseguinte, a existência de um sistema punitivo extravagante é um apontador de tendências autoritárias, imperfeições inseridas no Estado de Direito, que o desgastam, negando suas finalidades e princípios.

Embora Jakobs argumente que o tratamento com o inimigo seja uma guerra rigorosamente delimitada, na qual apenas se despojaria o inimigo do estritamente necessário, a fim de neutralizar o seu perigo, porém deixando aberta a porta para seu regresso ou inclusão, mantendo todos os seus demais direitos, indubitavelmente, esta estratégia de contenção está fadada ao fracasso, uma vez que não se dá conta de que para os defensores da exceção, esta sempre invocará uma necessidade que não aceita lei nem limites.

O que não se pode é considerar que possa haver qualquer compatibilidade de um conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se aperceber que esse pretense conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, o qual, em sua essência, não tolera limite nem contenção de qualquer espécie, ou seja, importa o abandono do Estado de direito.

Por mais que essa ideia seja relativizada, quando se faz a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), refere-se a seres humanos que são coisificados, destituídos de determinados direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas com base na ideia de que alguns deles são perigosos e que apenas por isso devem ser segregados, neutralizados ou eliminados.

Dada a imprevisibilidade do futuro, sua incerteza mantém em aberto o juízo de periculosidade até o ponto em que quem tem o poder de decisão não mais o considere como



inimigo. Desta maneira, o grau de periculosidade do inimigo dependerá sempre da subjetividade do detentor do poder individualizador. Desta forma, este Estado de direito concreto de Jakobs, que admite a categorização de um inimigo torna-se inviável, pois seu soberano, invocando necessidade e urgência, pode designar como inimigo quem considerar oportuno, na medida em que disponha do poder que lhe fora conferido, correndo, assim, o enorme risco de radicalização, pois em algum momento a prudência será abandonada.

Do mesmo modo, o tratamento de um ser humano como coisa perigosa, que põe em risco a segurança ou a certeza acerca do futuro, não se atém a despersonalizar exclusivamente quem é tratado dessa maneira, mas convém atentar que a primazia do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, culminaria na despersonalização de toda a sociedade. De forma que, dada a arbitrariedade da distribuição do rótulo de inimigo, ninguém no mundo pode se considerar livre de ser eventualmente rotulado.

Imprescindível reconhecer que a introdução do conceito de inimigo no Estado de direito acarretará na sua implosão, pois não há nada que impeça que o Estado no qual se admita esse elemento finde em Estado absoluto. Ou seja, essa entrega ao juízo do soberano que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência leva à conseqüente negação dos princípios do Estado de direito (ZAFFARONI, 2007).

É bom lembrar que o Estado de direito conserva, em sua essência, recolhido ou encapsulado, o Estado de polícia – o qual está sempre inventando novos inimigos –, e que aquele nada mais é do que barreira de contenção deste, sacrificadamente conseguida como resultado de amontoada experiência no decorrer das lutas contra o Estado absoluto, que caracterizaria a sua máxima realização.

A conclusão a que se chega é a de que não se pode ceder espaço, nem sequer qualquer brecha, ao direito penal do inimigo no Estado de direito, nem sob a ilusão de que seria de forma limitada, posto que nunca o será, uma vez que a realidade do poder é dinâmica, jamais estática. Ademais, se for entregue a um grupo de pessoas o poder conforme o modelo de Estado de polícia, este, que nunca deixou de pulsar, envidará todos os esforços para chegar até o Estado absoluto.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.



BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.

JAKOBS, Günther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luis; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Glauco Salomão. A “**Politização**” da **Jurisdição Constitucional**: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, 2007, p. 38. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C3%87O-2008-GLAUCO-SALOMAO.PDF>> Acesso em: 22 abril 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MATURANA & VARELA. **Árvore do conhecimento**. As bases Biológicas da Compreensão Humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo? In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva em Derecho Penal. **Modernas tendências en la ciencia del Derecho Penal y en la Ciminología**, Universidad Nacional de Educacion a Distancia, Madrid, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**: uma aproximação crítica aos seus fundamentos. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.





\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. La Ciencia del Derecho Penal ante las Terefas del Futuro. *In*: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Bjorn. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio**. Valencia: Tirant lo blach, 2004.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Vegas, 1993.

\_\_\_\_\_. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Servilha: ed. Universidade de Sevilha, 1981.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo: análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais. 2009. 170 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e Política na Teoria dos Sistemas. *In*: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.). **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**: Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.