

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE SOB OS ASPECTOS DA
CIDADANIA**

São Paulo
2008

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE SOB OS ASPECTOS DA
CIDADANIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio

São Paulo
2008

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE SOB OS ASPECTOS DA
CIDADANIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Marco Antônio Ferreira Lima
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura
Pontifícia Universidade Católica

Aos meus pais, Stella e Humberto, pela
insistência em tornar meus sonhos
realidades.

AGRADECIMENTOS

À Fernanda, pela paciência em ler cada novo parágrafo, pela compreensão dos momentos de ausência, pelas palavras de incentivo nos momentos de desânimo e pelo carinho sempre.

Ao Professor Gianpaolo Poggio Smanio, pelas lições, direcionamentos e, principalmente, pela sinceridade com que conduziu a orientação desse trabalho.

Ao Professor Marco Antônio Ferreira Lima, pelas orientações e lições desde a época da graduação.

Ao Professor Sérgio Seiji Shimura, pelas palavras de orientação.

Ao Professor Nuncio Theophilo Neto, pela confiança e direcionamentos.

À Professora Lia Felberg, pela confiança, amizade e cuidado.

Ao Professor Alexis Augusto de Couto Brito, pelas leituras e opiniões.

No caminho com Maiakóvski

"[...] Na primeira noite eles se aproximam e roubam uma flor do nosso jardim. E não dizemos nada.

Na segunda noite, já não se escondem; pisam as flores, matam nosso cão, e não dizemos nada.

Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a luz, e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E já não podemos dizer nada. [...]" (Eduardo Alves da Costa)

"Aqueles que abrem mão da liberdade essencial por um pouco de segurança temporária não merecem nem liberdade nem segurança". (Benjamin Franklin)

RESUMO

O presente trabalho tem como tema principal a análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo reformulada pelo alemão Günther Jakobs. Para tanto, realizou-se uma análise das Teorias da Pena e localizou-se o Funcionalismo Penal de Jakobs entre as teorias da Prevenção Geral Positiva. Feito isso, analisou-se as características e fundamentos do Direito Penal do Inimigo, bem como a sua inserção no fenômeno conhecido como Expansão do Direito Penal. Posteriormente, fez-se um estudo dos pressupostos filosóficos que sustentam a referida doutrina, especialmente no que se refere às idéias de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Por fim, traçou-se o desenvolvimento histórico da Cidadania, delimitou-se seu conteúdo e concluiu-se pela sua incompatibilidade com o Direito Penal do Inimigo.

Palavras-Chaves: Direito Penal do Inimigo – Prevenção Geral Positiva – Funcionalismo – Filosofia do Direito – Cidadania.

ABSTRACT

This work has as main theme the analysis of the Enemy's Criminal Law theory reformulated by Günther Jakobs. For both, there was an examination of theories of Penalty and located to the Criminal Funcionalism of Jakobs among the theories of General Positive Prevention. Done this, it is analyzed the characteristics and fundamentals of the Enemy's Criminal Law and its insertion in phenomenon known as Expansion of the Criminal Law. Subsequently, it was made a study of philosophical assumptions that underpin this doctrine, especially as regards the ideas of Rousseau, Ficthe, Hobbes and Kant. Finally, drew up the historical development of Citizenship, delimit up its content and its incompatibility with the Enemy's Criminal Law..

Key words: Criminal Law of the Enemy - General Positive Prevention – Funcionalism-Philosophy of Law - Citizenship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 - APRESENTAÇÃO DO DIREITO PENAL	14
1.1 - TEORIAS DESLEGITIMADORAS	18
1.2 - ABOLICIONISMO	19
1.3 - MINIMALISMO RADICAL	26
1.4 - TEORIAS LEGITIMADORAS	30
1.5 - KANT E A RETRIBUIÇÃO MORAL, HEGEL E A RETRIBUIÇÃO JURÍDICA	32
1.6 - TEORIAS PREVENTIVAS	38
1.7 - TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL	39
1.8 - TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL	44
2- EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO	58
2.1 - 1985	58
2.2 - 1999	62
2.3 FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	64
2.4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	77
3- ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO	83
3.1 AUTORES ANTERIORES À MODERNIDADE	84
3.1.1 - Protágoras	84
3.1.2 - Anônimo de Jâmblico	85
3.1.3 - São Tomás de Aquino	87
3.2. - AUTORES DA MODERNIDADE	89
3.2.1 - Rousseau	89
3.2.2 - Fichte	94
3.2.3 - Hobbes	97
3.2.4 - Kant	114
4 - CIDADANIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO	133
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	152

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que no âmbito do Moderno Direito Penal a teoria do Direito Penal do Inimigo, lapidada pelo professor alemão Günther Jakobs, é um dos temas que tem dominado os debates acadêmicos em todo o mundo, principalmente em países como Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Argentina, Colômbia, etc.

Apesar de ser uma construção ideológica com quase vinte anos, é inegável que os atentados terroristas que atingiram os Estado Unidos em 11 de setembro de 2001, bem como os que se seguiram na Europa, serviram para resgatar o tema - que se encontrava esquecido e marginalizado - e colocá-lo sob os holofotes da Dogmática Penal.

Entretanto, esse resgate não se deu apenas pela sede acadêmica em rediscutir o tema que agora voltava a ser atual, mas também, e talvez mais por isso, o resgate tenha se operado na tentativa de se encontrar uma resposta efetiva em como combater e prevenir esse tipo de criminalidade tão peculiar.

Porém, embora tenha sido em virtude dos ataques terroristas que se voltou a discutir o Direito Penal do Inimigo, não é somente a esse tipo de criminoso que se destina essa concepção, mas sim a todos aqueles criminosos que tenham se distanciado de “maneira mais ou menos duradoura” do Direito.

Portanto, para Jakobs, o inimigo é um indivíduo, que não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais), em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e tráfico de drogas) ou,

principalmente, através de sua vinculação a uma organização (terrorismo, delinquência organizada, tráfico de drogas), ou seja, em qualquer caso, de uma forma duradoura abandona o direito , portanto, não dá a mínima garantia de que irá se comportar conforme o Direito.

Logo, frente a esse indivíduo que não dá uma garantia cognitiva de seu comportamento pessoal, a aplicação de uma pena seria inócua, motivo pelo qual considera lícito combatê-lo como a um “inimigo”, com a única finalidade de neutralizá-lo.

Assim, grosso modo, admitida a Teoria do Direito Penal do Inimigo, passariam a existir dentro de um mesmo Estado duas espécies de Direito Penal: o Direito Penal Comum – ou do cidadão -, aplicável aos cidadãos que eventualmente cometem algum crime; e o Direito Penal do Inimigo, aplicável àquelas pessoas que por terem se afastado do Direito, deixaram de ser cidadãos.

E é esse, portanto, o ponto crucial do Direito Penal do Inimigo: a separação das pessoas em duas classes distintas: “cidadãos” e “inimigos”.

Por esse motivo, no presente estudo, não se fixará a análise na questão do tratamento Estatal aos crimes de terrorismo, tampouco na possibilidade de eficácia dessa nova doutrina, mas sim na análise da possibilidade, sob vários aspectos, da existência dessa diferenciação.

Contudo, antes de tratar diretamente sobre a possibilidade dessa dicotomia, fez-se necessário um estudo preliminar sobre a fundamentação do Direito Penal e do pensamento penal de Günther Jakobs.

Assim, no Capítulo I, debruçou-se sobre as teorias da pena com duas intenções. A primeira apresentar o dilema vivido pelo Direito Penal em virtude de sua legitimação, sendo que para tanto apresentamos as principais teorias que os deslegitimam – abolicionismos e minimalismo radical -, e o oposto, as teorias que o legitimam - teorias absolutas e teorias relativas. O segundo propósito foi localizar, epistemologicamente, dentro das referidas construções, a teoria da pena de Günther Jakobs, posto que é dela que deriva o Direito Penal do Inimigo.

No Capítulo II, já apresentada a teoria da pena de Jakobs, partiu-se especificamente para o Direito Penal do Inimigo. Num primeiro momento, fez-se um resgate histórico, apontando a sua primeira constatação pelo professor de Bonn, em 1985, quando ainda o criticava, até a sua última manifestação em 2007, quando já o defende abertamente. Posteriormente, apresentaram-se os princípios e características do Direito Penal do Inimigo e a maneira como esse foi forjado, sempre o relacionando com a teoria da pena jakobsiana. Ainda neste capítulo, trouxemos as impressões de outros autores sobre a teoria de Jakobs, especialmente as idéias do professor Jesús-Maria Silva Sánchez, que desenvolveu a teoria das “velocidades do direito penal” e do professor Manuel Cancio Meliá, que estudou com Günther Jakobs e publicou, no mesmo livro em que este legitimou o Direito Penal do Inimigo, um texto deslegitimando-o.

No Capítulo III foram analisados os pressupostos filosóficos do Direito Penal do Inimigo, principalmente no que tange à possibilidade de separação dos indivíduos em “pessoas” e “não-pessoas” ou em “cidadãos” e “inimigos”. Assim, iniciou-se por apresentar filósofos anteriores à Modernidade e que em seu tempo defenderam idéias parecidas com a de Jakobs. Depois, fixou-se o estudo nos pensadores “modernos” que expressamente foram utilizados por Jakobs para sustentar sua teoria, quais sejam, Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, analisando de forma crítica os argumentos de cada um destes que foram emprestados pelo autor alemão.

Já no Capítulo V, tratou-se do tema Cidadania, buscando fixar um desenvolvimento histórico, bem como delimitar um conceito e abrangência mínimos para esta. Feito isso, relacionamos os elementos da cidadania com os direitos fundamentais, demonstrando que ambos dividem o mesmo conteúdo de direitos. Por fim, analisamos a possibilidade de coexistência do Direito Penal do Inimigo, principalmente em virtude de sua dicotomia excludente, com o conceito de cidadania.

Por fim, sob a forma de itens, apresentamos as conclusões que chegamos ao final do presente estudo.

1 - APRESENTAÇÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal, como qualquer outra instituição jurídica, exige para compreensão da sua essência também a compreensão da sua evolução histórica¹.

Assim, para que possamos analisar o “Moderno Direito Penal do Inimigo”, imprescindível um regresso às concepções do Direito Penal que o antecederam.

Entretanto, por ser possível um corte preciso na História do Direito Penal, separando-o em antes e depois do Período Humanitário² - pois nesse há o abandono das manifestações penais anteriores e a inauguração de uma nova fase, com novos paradigmas³ - é a partir deste momento que focaremos nossa análise.

A doutrina é tranqüila em aceitar como marco inicial do Período Humanitário a publicação da obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria⁴.

1 BALESTRA, C. Fontán. Tratado de derecho penal. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.p.91.

² A doutrina de forma geral divide o direito penal em dois grandes períodos: o primitivo e o humanitário. Roberto Lyra Filho, ao tratar do assunto, faz a seguinte distinção: “Os três períodos (vingança privada, vingança divina, vingança pública) constituem o direito penal primitivo. No seu processo evolutivo, através da história, a vingança privada, o talião (o seu limite) e a composição (a sua transformação econômica) são as três fases da penologia antiga. Denomina-se sentimental esse período primitivo, porque, nêle, só o sentimento impulsiona a justiça humana, sob o domínio da vindita nas suas diferentes modalidades. A multiplicidade de jurisdições, a lentidão e os abusos do processo secreto, complicado, arbitrário, os constrangimento sem regra a liberdade individual, os privilégios na execução das penas, a atrocidade dos suplícios – eis a realidade que inspirou a instauração de um ciclo novo: o período humanitário.(In: LYRA, Roberto F. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 22.

³ Conforme ensina Giuseppe Maggiore: Algunos reaccionaron, en nombre de la tradicion, como Angelo Fachinei, em sus Note e osservazioni (1765), y Antonio Giudici, con espíritu más crítico y menos agresivo, em su Apologia della giurisprudenza romana o note critiche al libro intitolado “Dei delitti e delle pene. (In: MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal. 2. ed. Colômbia: Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 2000. v.1, p. 82.)

⁴ Conforme ensina René Ariel Dotti: “As concepções filosóficas e as idéias libertárias de Beccaria constituíram um *divisor de águas* entre passado e o futuro de um Direito Penal caracterizado por

O pequeno livro de Beccaria foi publicado pela primeira vez em 1764 e obteve seu merecido reconhecimento muito mais pela valentia das críticas dispensadas às práticas penalizadoras orquestradas durante o Antigo Regime, do que pela originalidade de suas idéias que já se encontravam plenamente difundidas.⁵

Tributário das idéias de Rousseau e Montesquieu, sua obra funda-se no contrato social, apontando desde o início que as vantagens desse deveriam ser igualmente distribuídas, extinguindo-se os privilégios.

Assim, embriagado por um ímpeto revolucionário, Cesare Bonesana investe contra o uso das leis em favor de minorias; a falta de proporcionalidade entre os crimes e as penas; a falta de clareza das leis, especialmente o pretexto de “consultar o espírito da lei”; a tortura como método de obtenção de confissão; o costume de se por a cabeça a prêmio; a pena de morte e as sanções cruéis.

Defende, ainda, a moderação das penas; a necessidade da lei estabelecer precisamente quais seriam os indícios que justificariam a prisão do acusado; a descriminalização de alguns delitos e a sua contribuição mais importante: a necessidade de previsão legal dos delitos e das penas, o princípio da legalidade, eternizado no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

postulados de Filosofia e pelo sentido de humanização do chamado *direito de punir*”. In: DOTTI, René A. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.151.

⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950. t. 1, p. 217.

Essa é a essência da obra: “defesa do indivíduo contra as leis e a Justiça daqueles tempos, que se notabilizaram, aquelas pelas atrocidades e esta pelo arbítrio e servilismo aos fortes e poderosos”.⁶

É, portanto, na obra “Dos Delitos e das Penas” que se forjam os alicerces do Direito Penal Liberal e dá-se “o mais potente brado que se ouviu em defesa do indivíduo”⁷, inaugurando-se um novo tempo.

Esse novo tempo foi caracterizado pela diminuição progressiva da intervenção estatal, com a conseqüente inversão do papel do Direito Penal, que já não era utilizado unicamente em favor do Estado e dos privilégios, mas sim em defesa do cidadão frente ao Leviatã, tanto que Von Liszt o chamou de “Magna Carta do Delinqüente”.

Embora seja impossível não perceber que houve uma evolução do Direito Penal⁸ acompanhada da evolução do próprio Estado Nacional, não se pode afirmar, de maneira alguma, que se chegou a um consenso sobre a legitimidade/necessidade da existência da intervenção estatal frente ao cidadão.

⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1, p. 31.

⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁸ Mesmo autores Marxistas que enxergam o Direito Penal como um instrumento de dominação burguesa não negam o progresso alcançado por Beccaria, como se depreende do seguinte trecho de E. B. Pasukanis: “No que concerne aos próprios métodos de política penal, é usual ressaltar os grandes progressos consumados pela sociedade burguesa desde a época de Beccaria e de Howard com a adoção de penas mais humanas: abolição da tortura, das penas corporais e das penas infamantes, das execuções capitais bárbaras, etc. Tudo isto representa, sem dúvida um grande progresso. In: PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e do Marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro. Renovar. 1989. p. 152.

Ou seja, não se tem hoje um consenso ideológico que forneça legitimidade ao Estado, para praticar uma violência contra um de seus membros como consequência de uma violação legal.

Conforme salienta o professor L. Ferrajolli:

O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. Em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de 'pretensão punitiva' ou de 'direito de punir'?⁹

Assim, não obstante o consenso de que o Direito Penal Liberal é a melhor roupagem que este ramo da ciência jurídica já ousou apresentar, a doutrina encontra-se dividida, tendo de um lado aqueles que percebem o Direito Penal como uma instituição necessária, dotada de legitimidade política e moral para manutenção do controle social mediante intervenções na esfera de liberdade do cidadão, e do outro aqueles que negam qualquer legitimidade ao Direito Punitivo e almejam a sua total eliminação, quer porque contestam seu fundamento político, quer porque consideram que suas vantagens são inferiores ao custo que produz ao impor uma tríplice constrição: a-) limitação da liberdade de ação para os que a ele se submetem; b-) a sujeição a um processo por aqueles que são acusados de não se submeterem e; c-) a punição daqueles condenados no referido processo.¹⁰

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 231

¹⁰ Idem.

Dessa maneira, em consequência desse debate em torno da ciência penal, convivem paralelamente, embora não pacificamente, as teorias legitimadoras ou justificacionistas e as teorias deslegitimadoras ou abolicionistas do Direito Penal.

1.1 - TEORIAS DESLEGITIMADORAS

No campo das teorias deslegitimadoras, que ora pregam a simples redução do direito penal - normalmente fixando seus objetivos em buscar alternativas à pena privativa de liberdade – e ora defendem a sua completa extinção – sustentando que não cumpre o papel a que se propõe –, seguindo doutrina mais autorizada, analisaremos as teorias conhecidas como minimalismo radical e abolicionismo penal¹¹.

Tanto o minimalismo radical quanto o abolicionismo penal contemporâneos são decorrentes da criminologia crítica, que foi um movimento surgido nos Estados Unidos nas décadas de 60 e 70 que rompeu com a criminologia positiva ao contrapor ao paradigma etiológico o paradigma do controle do crime.

Assim, ambas as teorias consideram o Direito Penal como uma forma de controle social, seja porque não cumpre as suas funções manifestas que em tese o legitimaria, seja porque, no mais das vezes e equivocadamente, cumpre funções que

¹¹ Embora normalmente a doutrina utilize o termo “abolicionista” de forma geral para todas as teorias que deslegitimam o Direito Penal, para o professor Luigi Ferrajoli abolicionistas são “somente as doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo”, não sendo abolicionistas, mas sim substitutivas as doutrinas que embora libertadoras e humanitárias, sob a rubrica de “abolição da pena” propõe a substituição da forma penal de reação punitiva com tratamentos pedagógicos ou terapêuticos e, por fim, não são abolicionistas, mas sim reformadoras as doutrinas que pregam a redução da esfera de intervenção penal ou ainda a abolição específica das penas de prisão. (In: FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 231.

não lhe são inerentes, o que por si só já justificaria sua supressão. Para essas teorias, o Direito Penal não passa de um sistema de reprodução material e ideológico das relações de poder e propriedades existentes, sendo para tanto seletivo, criminógeno e ineficaz.¹²

Diferenciam-se, entretanto, no fato de o minimalismo propor a máxima redução do sistema penal sem extingui-lo, ao menos provisoriamente, enquanto o abolicionismo propõe sua total e imediata supressão.

1.2 - ABOLICIONISMO

Segundo ensina Luigi Ferrajoli, o abolicionismo é formado por um conjunto heterogêneo de doutrinas, posturas e teorias que tem em comum a negação de toda e qualquer justificação ou legitimação externa à intervenção punitiva do Estado sobre o desviante. As bases filosóficas e os pressupostos políticos de tais orientações são os mais variados e vão desde o mito criado no século XVIII do “bom selvagem” e da ultrapassada e feliz sociedade primitiva sem direito, até as teorias anárquicas e marxistas-leninistas do “homem novo” e da perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apologéticas da deviação e da sociedade perfeitamente auto-regulamentada e pacificada.¹³

¹² QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do tribunais, 2005. p. 87.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 232.

É possível, ainda, dentro da teoria abolicionista perceber dois tipos de pensamento. O primeiro e mais radical não sustenta apenas a supressão das penas, mas sim do Direito Penal e de todas as proibições e julgamentos, ou seja, não admite como legítima nenhum tipo de coerção, seja ela penal ou social, que se porventura acontecerem, são atos de injustiça.¹⁴ Essas teorias, segundo Zaffaroni, decorrem de uma confiança exacerbada no jusnaturalismo, que levados ao extremo, acabam defendendo a dispensabilidade do direito positivo, na crença de que as leis naturais, livres do poder estatal, seriam suplementos para regular e resolver as relações e conflitos sociais.¹⁵

A segunda concepção, adotada pelas teorias mais difundidas, se limita a defender a supressão da pena enquanto medida jurídica afluente e coercitiva; em segundo plano, no Direito Penal, sem contudo pregar a eliminação de toda e qualquer forma de controle social.

Admitem, como substitutivos, formas de controle não jurídicas, mas sim morais e sociais como o “olho público”¹⁶, a “força invisível da educação moral”¹⁷, a

¹⁴ Segundo aponta Ferrajoli tal postura foi defendida por Max Stirner. (In: FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 232.)

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 97.

¹⁶ É configurado por W. Godwin na obra *Enquire concerning political justice and its influence on moral and happiness* (1978), org. de F.E.L. Priestley, The University of Toronto Press, Toronto, 1946, p. 340, como uma forma de controle social informal, que se expressa na desaprovação dos vizinhos e se exerce por meio de uma constrição moral que o obriga o transgressor a transformar-se ou a emigrar. In FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 263.

¹⁷ É teorizado por M. Bakunin na obra *Lettera a Sergei Necaev*, 2 de Junho de 1870, in M. Confino (org), *Il catechismo del rivoluzionario. Bakunin e láffare Necaev*, Adelphi, Milão, 1976, p. 160 e ss. e consiste na previsão de que quando todos receberem a mesma educação e a mesma instrução, quando todos forem obrigados pela própria força das coisas a associar-se para trabalhar e trabalhar para viver; quando o trabalho, reconhecido como verdadeiro fundamento de toda organização social, tiver chegado a ser objeto de respeito público, os homens de má vontade, os parasitas, os preguiçosos diminuirão a olhos vistos e acabarão por ser tratados como doentes. In FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p.263

“solidariedade terapêutica”¹⁸, a difusão social da vigilância e do controle¹⁹, além da pressão da opinião pública²⁰.

Nesse sentido, importantíssima é a opinião do professor holandês Louk Hulsman, para quem de um ponto de vista acadêmico, não é possível oferecer uma fórmula pronta de procedimentos alternativos para o enfrentamento do crime, sendo que, se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a construção cultural e social da atual justiça criminal e passarmos a focalizar o problema naqueles que estão diretamente envolvidos em situações problemáticas (pessoas ou grupos que vivem diretamente os problemas criminais).²¹

De qualquer forma, os abolicionistas de modo geral, utilizam os seguintes argumentos, sistematizados e sintetizados por Paulo Queiroz, para deslegitimar o sistema penal: 1) é incapaz de prevenir, de modo geral, a prática de novos crimes; 2) é arbitrariamente seletivo, escolhendo suas presas entre os mais miseráveis, logo, é injusto, produtor e reproduzidor das desigualdades sociais; 3) opera às

¹⁸ Conforme P. Kropotkin em *La loi et l'autorité, Les Temps Nouveaux*, Paris, 1913, p. 24: “A liberdade, a igualdade e a prática da solidariedade como o único dique eficaz que se pode opor aos instintos anti-sociais de alguns de nós. No mesmo sentido L. Molinari em *Il tramonto del diritto penale*. Ed. della Rivista Università Popolare, Milão, 1909, p. 23: “Tendes razão quando dizeis que a sociedade tem direito de se defender dos delinquentes, mas deve se defender não com a idéia preconcebida do castigo, que se resume numa brutal vingança, mas sim, com a piedade, com o amor, com o devido cuidado aos deficientes, aos débeis e aos doentes.” In FERRAJOLI, *Luigi. op. cit.* p. 263.

¹⁹ E. Maletesta, *Scritti scelti*, coord. G. Cerrito, Savelli, Roma, 1973, p. 197: “Persuadir as pessoas de que a segurança pública, a defesa da integridade e a liberdade de cada um deve confiar-se a todos; que todos devem vigiar, que todos devem apontar o prepotente e intervir na defesa do débil, que os patrícios, os vizinhos, os companheiros de trabalho devem, quando faça falta, transformar-se em juizes. In FERRAJOLI, *Luigi. op. cit.* p. 264

²⁰ E. Maletesta, *Scritti scelti*, coord. G. Cerrito, Savelli, Roma, 1973, p. 843: “E quando entre os homens se produzissem disputas, não seriam acaso a arbitragem voluntariamente aceita ou a pressão da opinião pública mais aptas para dar razão ao que a tem, em vez de uma magistratura irresponsável, que tem direito de julgar sobretudo e sobre todos, e é necessariamente incompetente e por conseguinte, injusta?” E. Maletesta, *Scritti scelti*, coord. G. Cerrito, Savelli, Roma, 1973. In FERRAJOLI, *Luigi. op. cit.* p. 263.

²¹ HOULSMAN, Louk. *Curso livre de abolicionismo*. Coordenação de Edson Passeti. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20.

margens da legalidade, sendo que seus próprios agentes violam os Direitos Humanos; 4) a intervenção somente se concretiza em casos excepcionais, sendo a impunidade a regra em detrimento da penalização; 5) há uma reificação do conflito, que além de não considerar a situação pessoal de cada vítima, não permite a esta participar do conflito roubando-lhe para ser levado à cabo por profissionais; 6) o crime não tem consistência material, pois sua configuração depende exclusivamente da lei: o crime não existe; 7) o sistema penal intervém sobre pessoas e não sobre situações, trabalhando sobre premissas falsas, pois se baseia em ações ao invés de interações, funda-se em sistemas de responsabilidade biológica e não de responsabilidade social; 8) o sistema penal intervém de maneira reativa e não preventiva; 9) o sistema penal atua muito tardiamente em virtude do processo, logo o sujeito que recebe a pena já não é mais o mesmo que cometeu o delito; 10) o sistema tem uma concepção falsa da sociedade, vez que supõe um falso modelo consensual, desprezando os conflitos de interesses; 11) a lei penal não é inerente às sociedades, vez que antes de sua criação a sociedade resolvia seus conflitos por outros meios ; 12) o sistema penal intervém sobre efeitos e não sobre as causas da violência, logo é uma resposta sintomalógica e não etiológica.²²

Em conclusão, pelas lentes do abolicionismo, o Direito Penal configura um sistema de produção e reprodução de desigualdades, vez que é um instrumento de dominação das classes dominantes aplicado somente a uma categoria de pessoas, de forma seletiva, sem que se obtenha quaisquer dos resultados a que se propõe.

²² QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 101.

Interessante, neste sentido, trecho do pensamento de Edson Passeti, que realça os principais pontos do sistema criminal atacados pelo abolicionismo:

De fato a sociedade sem castigos existe, também porque é impossível ao sistema penal punir todos aqueles que cometem uma infração à lei. Ele funciona de maneira seletiva, endereçado aos que infringiram o direito de propriedade. No capitalismo, a propriedade privada material, o corpo da pessoa ou seus bens. No socialismo, a propriedade estatal e seus derivados imateriais. Em ambas as sociedades, as pessoas consideradas criminosas devem ser retiradas de circulação, caracterizando uma maneira de educar a todos, conhecida como prevenção geral. Numa, sob o regime democrático, o alvo preferencial da seletividade recai sobre o pobre que rouba, furta, estupra, mata. Noutra, é sobre o subversivo que desestabiliza a ditadura. Assim, nas duas sociedades sob regimes democráticos ou ditatoriais, qualquer infração à lei, material ou imaterial, caracteriza um crime contra todos, combatido de modo seletivo e identificando o infrator como perigoso. Diante da infração selecionada pelo sistema, a vítima se transforma em testemunha de acusação de um crime cometido contra a sociedade. Então, em lugar de sua indenização, o Estado investe em punir o julgado culpado.²³

Entretanto, apesar da larga difusão das teorias abolicionistas, há também severas críticas que lhe são dirigidas.

O crítico mais contundente nos parece ser Ferrajoli²⁴ que aponta principalmente dois defeitos das teorias abolicionistas. O primeiro estaria no fato de serem os modelos de sociedade seguidos pelos abolicionistas aqueles pouco atraentes de uma “sociedade selvagem”, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais

²³ PASSETI, Edson. Curso livre de abolicionismo. Coordenação de Edson Passeti. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Passim.

forte, ou de forma alternativa, de uma “sociedade disciplinar”, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e talvez policial. O segundo estaria no fato dessas doutrinas evitarem todas as questões específicas da qualidade e quantidade das penas, das proibições, das técnicas de controle processual, desvalorizando totalmente toda e qualquer orientação garantista, confundindo os modelos penais autoritários e modelos penais liberais.

De forma a mostrar a contundência da crítica do referido autor transcrevemos o seguinte trecho:

Esta esterelidade de projetos [...] é fruto da inconsistência lógica e axiológica de ambos os projetos jusnaturalistas que se encontram na base das duas opostas versões do abolicionismo, ou seja, aquela do “princípio amoral” do egoísmo, que regularia a sociedade do bellum omnium, e aquela do “princípio moral” da auto-regulamentação social que marca a sociedade pacificada e sem Estado. Com efeito, nenhum dos dois princípios é suficientemente idôneo para fundar alguma coisa além de sistemas ilimitadamente autoritários, posto que confiados ao jogo livre e desenfreado dos poderes, pouco importando se individuais ou políticos.²⁵

Ainda, conforme salienta Paulo Queiroz, no campo crítico há quem aponte para o caráter negativo das referidas teorias. Assim, David F. Greenberg afirma que os abolicionistas são incapazes de fazer algo mais que criticar e sem uma alternativa, poucos se verão inspirados a encarar a penosa tarefa de lutar por uma mudança radical. Lembra ainda, que seguindo a mesma linha, Scheerer pôs em xeque os

fundamentos da perspectiva abolicionista, concluindo que ainda há um longo caminho a percorrer no sentido de se buscar equivalentes funcionais ao sistema penal, pois se hoje conhecemos um pouco melhor o sistema penal e sua realidade, ainda não sabemos o bastante para sustentar sua abolição. Apresenta, por fim, Cohen, que afirma ser o abolicionismo uma mescla do altamente concreto, do profundamente visionário e de um alto nível de especulação epistemológica²⁶.

Afirma esse mesmo autor, que seria pouco provável que as reações sociais pudessem ser pacificamente aceitas quando os crimes praticados fossem homicídio, seqüestro, genocídio, etc.²⁷ ²⁸ Quando, em sua opinião, nesses casos o provável seria o “justiçamento privado”.

Aponta, por fim, que a crítica abolicionista não é ao subsistema penal, mas sim ao sistema social mesmo, de forma que se estende para todos os outros subsistemas, o Direito Civil, do Trabalho, Tributário, etc; posto que são tão violadores e seletivos quanto o Direito Penal, sem que por isso se conheça uma teoria que almeje a abolição desses subsistemas. Logo, para ser coerente, na opinião do referido autor, o abolicionismo deveria estender-se a todo controle social, começando pelos jurídicos não-penais.²⁹

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 234.

²⁶ QUEIROZ, Paulo. *op. cit.*, p. 106.

²⁷ *Ibidem.* p. 107.

²⁸ Em um artigo intitulado Alternativas à Justiça Criminal, Louk Houlsmann apresenta alguns exemplos em que a reação social e, inclusive das próprias vítimas, foram pacíficas. Em um dos casos, onde o próprio autor e sua esposa foram vítimas de uma série de furtos praticados por três jovens, após estes descobertos pela polícia, desenvolveu-se um laço de amizade entre eles e suas famílias e as vítimas. Cita, ainda, um caso de homicídio na Holanda em que os pais da moça morta e os do assassino se encontraram e estabeleceram uma relação importante tanto para eles quanto para o homicida e o caso do trem Moluche, em que os ex-reféns continuaram a se confraternizar e a visitar seus seqüestradores na prisão. In: HOULSMAN, Louk. *Curso Livre de Abolicionismo*. Coordenação de Edson Passeti. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2004. P. 62.

²⁹ QUEIROZ, Paulo. *op. cit.*, p. 108.

Apesar das contundentes críticas, impossível pensarmos que o abolicionismo penal não tenha nenhum mérito, pois há pelo menos dois que são apontados por Luigi Ferrajoli: O primeiro – por ser externo às instituições penais vigentes, pois se coloca ao lado de quem paga o preço da pena e não do poder punitivo - reside no fato de ter favorecido a autonomia da criminologia crítica ao solicitar-lhe pesquisas sobre a origem cultural e social da desviação e sobre a relatividade histórica e política dos interesses penalmente protegidos, conseqüentemente, de contrastar o latente “legitimismo” moral das doutrinas penais dominantes. O segundo mérito tem um caráter mais metodológico, pois, ao deslegitimar o Direito Penal e denunciar sua arbitrariedade, bem como seus custos e sofrimentos, os abolicionistas “despejam” sobre os justificacionistas o “ônus da justificação”, que devem ser “moralmente satisfatório e logicamente pertinente”.³⁰

1.3 - MINIMALISMO RADICAL

O minimalismo radical, embora tributário das mesmas razões inerentes à crítica abolicionista, não propõe a eliminação imediata do Direito Penal, mas sim sua máxima contração, subsistindo apenas de forma residual. É também conhecido por “abolicionismo mediato”, posto que somente deseja a supressão do sistema penal a longo prazo. Seria, portanto, uma fase para se alcançar o abolicionismo³¹.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. op. cit.,. 235.

³¹ Nas palavras de Zaffaroni: “Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça”. In: ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 106.

Assim, da mesma forma que o abolicionismo, o minimalismo percebe o Direito Penal como um subsistema de produção e reprodução de desigualdades, um instrumento de dominação, seletivo e que não atinge as suas finalidades. Entretanto, considera impossível a eliminação deste sistema sem que antes se realizem mudanças sociais estruturais, sob pena de se regredir nas conquistas já alcançadas pela ciência penal

O seguinte trecho de Alessandro Barrata é esclarecedor:

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor [...].

Ao falar de superação do direito penal é necessário fazer duas precisões. A primeira é que a contração ou “superação” do direito penal dever ser a contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula seu exercício. Seria muito perigoso para a democracia e para o movimento operário cair na patranha, que atualmente lhe é armada, e cessar de defender o regime de garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função penal no Estado de direito.³²

Entretanto, diante de tal perspectiva que função restaria a esse Direito Penal tão esvaziado e deslegitimado?

Na concepção de Alessandro Baratta caberá a esse Direito Penal essencialmente uma função de defesa tríplice: primeiro em face dos ataques realizados contra as garantias liberais asseguradas nas Constituições dos Estados;

³² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 206 e ss.

segundo em face do próprio Direito Penal, no sentido de conter e reduzir seu campo de intervenção tradicional, bem como seus efeitos negativos e seus custos sociais que recaem sobre as camadas mais frágeis do proletariado; terceiro, defesa através do Direito Penal, na medida em que pode ainda ser considerado como uma resposta legítima para resolver problemas sociais ante a falta de alternativas.³³

Para Zaffaroni, o direito penal mínimo não deve apoiar-se no velho argumento iluminista, mas sim no argumento de que o direito penal, como programação da operacionalidade do órgão judiciário, deve permanecer e ampliar seu âmbito de atuação, de maneira que a intervenção desse órgão judiciário se torne menos violenta, pois, somente na medida em que o conflito se localizar fora do poder verticalizador do sistema penal e for submetido a uma solução menos violenta, será possível reduzir o discurso jurídico penal.³⁴

Por fim, para Ferrajoli, o direito penal mínimo justifica-se através de razões utilitárias, ou seja, pela prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o delito. Em outras palavras, o objetivo da pena seria a minimização da reação violenta contra o delito, de forma a evitar a vingança. Assim, ao direito penal incumbiria dupla função: a prevenção dos delitos que indicaria o limite mínimo das penas e a prevenção das reações desproporcionais que indicaria seu limite máximo. Com essa dupla função, o direito penal mínimo representaria sempre uma defesa do fraco contra o forte, da vítima contra o delinqüente, do delinqüente face à vingança.³⁵

³³ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 221 e ss.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 107.

³⁵ Idem. p. 96.

Como não poderia deixar de ser, o minimalismo radical também tem seus críticos.

O professor Jesus-Maria Silva Sánchez ataca dizendo que tal teoria é ao mesmo tempo anacrônica e ucrônica, posto que, referida forma de manifestação do direito nunca existiu historicamente e é incompatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, cuja característica principal é o risco que reclama cada vez mais proteção, inclusive na esfera penal.³⁶

Ainda, Smaus, citado por Paulo de Queiroz, sustenta que se a pena é manifestação da violência que reproduz um sistema desigual, não pode ser utilizada para outro fim. Mais, sustenta que “pregar a abolição do direito penal a longo prazo, sem dizer como e quando, é praticar, simplesmente, futurologia.”³⁷

Entretanto, contra os contra-argumentos dispensados em face do minimalismo radical, o referido professor, adepto dessa corrente de pensamento³⁸, parafraseando Filangieri, argumenta que “a ciência penal não é a descrição de direito como é, mas a projeção do direito que deve ser”.³⁹

³⁶ SANCHEZ, Jésus Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luis Otávio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 21

³⁷ QUEIROZ, Paulo.op.cit., p. 108.

³⁸ Em entrevista disponível no site pauloqueiroz.net, acesso em 25 de março de 2008, o referido autor declarou: “Na verdade, no Brasil isso já existe de certo modo, embora às avessas: para os ricos e poderosos vigora o abolicionismo; para os de classe média, o direito penal mínimo; e para os miseráveis, o direito penal máximo ou direito penal do inimigo. Não proponho abolir o direito penal, até porque isso seria impossível; no máximo poderíamos abolir a legislação penal, as instituições penais oficiais (prisões, polícias etc.), mas isso não significaria abolir o direito penal como prática social, legal ou não; seria uma fraude de etiqueta: continuariam a existir, e sem nenhum controle, grupos de extermínio, justiceiros, segurança privada etc.”

³⁹ QUEIROZ, Paulo.op.cit., p. 108.

1.4 - TEORIAS LEGITIMADORAS

De idéias que vão ao encontro das abolicionistas e reducionistas, o pensamento penal está repleto, embora possam ser quase sempre separadas em apenas três grupos: as teorias *absolutas* ou *retributivas*, as teorias *relativas* ou *preventivas* e como resultado da mistura entre ambas, as teorias *mistas*.

São consideradas absolutas, todas aquelas teorias que atribuem à pena uma fundamentação moral⁴⁰ e a reconhecem como um fim em si mesma, ou seja, como um castigo, uma retribuição pelo cometimento do crime: “retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou”⁴¹, sem almejar que com sua aplicação alcance-se qualquer fim prático diverso da “Justiça”.

Ao contrário, consideram-se relativas as teorias que enxergam na pena uma utilidade prática, especificamente uma função preventiva de delitos futuros. Conforme ensina Magalhães Noronha: “Não repousa na idéia de Justiça, mas de necessidade social”.⁴²

Essas duas grandes repartições⁴³ admitem, ainda, uma divisão em subgrupos.

⁴⁰ Interessante o comentário de Adolf Merkel: “Y es una cosa que salta a la vista el que lãs demás partes del derecho (pensemos, por ejemplo, em el mercantil, el hipotecário, el relativo a los concursos y quiebras, el político, el administrativo, etc.) no tienen que cumplir una misión moral específica (aun cuando para todas ellas tiene la misma importancia el garantizar su conformidad con las concepciones éticas dominantes. In Derecho Penal. Parte General. Tradução do alemão por Pedro Dorado Montero. Julio César Faira Editor. Buenos Aires. 2004. p.19.

⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 3, p. 33.

⁴² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v.1, p. 211.

⁴³ Imperiosa a transcrição de um trecho da obra de Anabela Miranda Rodrigues, onde a autora faz uma ressalva a essa repartição: “Esta bipartição entre as teorias absolutas e relativas por um lado e teorias relativas ou utilitaristas por outro, só pode ser aceite, no entanto, se tivermos em mente algumas precisões a seu respeito. Na verdade, vem-se commumente entendendo que as teorias da pena dizem respeito ao problema dos fins da pena. Quando isso é, de facto, um erro: elas nasceram

Assim, as doutrinas absolutas ou retributivas foram divididas levando-se em conta como parâmetro o valor *moral* ou *jurídico* conferido à pena. Já as teorias relativas ou utilitaristas são divididas entre: a da prevenção especial – que atribui o fim preventivo à pessoa do criminoso, e a da prevenção geral – que atribui o fim preventivo aos demais cidadãos.

Recentemente, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi enriquecida com uma nova distinção: as doutrinas de prevenção *positiva* e as de prevenção *negativa*, sendo que a primeira se justifica no fato de a pena atuar positivamente no delinqüente de forma a corrigi-lo (prevenção especial positiva) ou em todos os cidadãos de forma a discipliná-los (prevenção geral positiva), e a segunda no fato de atuar negativamente neutralizando o delinqüente (prevenção especial negativa) e intimidando os demais cidadãos (prevenção geral negativa).⁴⁴

A distinção entre as doutrinas absolutas e relativas é explicitada em um famoso trecho de Sêneca, onde se afirma que as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito aos fatos passados (pune-se porque é pecado);

para responder ao problema da justificação do direito de punir. E, ou a encontraram na “justiça” da punição – que considerações teológicas ou filosóficas explicavam -, ou na realização de efeitos socialmente úteis que esta mesma punição desencadeava. Em ambos os casos, o problema é o da justificação da pena, não o da sua finalidade que está em causa. E se este aspecto – o da sua finalidade – é tomado em conta pelas teorias relativas, enquanto assumem que a justificação da pena depende das finalidades que esta realiza, fica claro com isto que as teorias retributivas nada têm a ver com a finalidade da pena. É por isso que a contraposição, tal como hoje é apresentada, entre as referidas teorias para responder ao problema das finalidades da pena não tem sentido. Se quisermos continuar a usar a bipartição usual, devemos então fazê-lo – hoje, repete-se, com a consciência de que estamos a dar resposta a perguntas diferentes, com valor em planos diferentes. Em suma: de que ela constitui uma arrumação não para um, mas para dois problemas distintos. Se com as teorias preventivas se encontra (também) solução para a questão das finalidades da pena, já com a teoria retributiva estamos a lidar com o problema da justificação da pena”. In: RODRIGUES, Anabela M. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra Editora. Coimbra. 1995. p.153 e ss.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 235.

enquanto as do segundo tipo são *ne peccetur*, ou seja, referem-se a fatos futuros (não pecarás).

As teorias mistas, por fim, procuram conjugar as duas posições antagônicas, buscando com a pena a retribuição e a expiação do crime, preocupando-se tanto com a “Justiça” quanto com a segurança social, ou seja, unindo o justo ao útil como justificativa penal.⁴⁵

Vejamos, pois, os principais pensadores e suas teorias sobre a pena:

1.5 - KANT E A RETRIBUIÇÃO MORAL, HEGEL E A RETRIBUIÇÃO JURÍDICA

As doutrinas absolutas, fundamentam-se no axioma secular de que é justo punir o “mal pelo mal”, encontrando suas origens, no arcaico instituto da “vingança de sangue”, presente em todos os ordenamentos primitivos.

Presente, outrossim, na tradição hebraica sob a forma do preceito divino, absorvida, apesar do preceito do perdão, pela tradição cristã (São Paulo, Santo Agostinho e São Tomás até Pio XII, dita concepção gira em torno de três idéias de caráter religioso, quais sejam, da “vingança”, da “expiação” e do “reequilíbrio” entre pena e delito. Tais idéias, segundo Ferrajoli, sempre exerceram um irresistível fascínio no pensamento político reacionário e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalística.

⁴⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 3, p. 33.

Tais ideais enfrentaram uma crise durante o Iluminismo, mas foram resgatadas no século XIX tanto pela tese kantiana de que a pena é uma *retribuição ética*, quanto pela tese hegeliana de que a pena é uma *retribuição jurídica*.⁴⁶

A concepção da pena em Kant⁴⁷ é coerente com sua própria filosofia, é idealista. Para esse filósofo a pena é um imperativo categórico, ou seja, um imperativo moral incondicional que deve ser infligido ao delinqüente por uma simples e necessária questão de “Justiça Ética”, calculada pelo princípio do Talião. Ademais, por considerar o ser humano como um fim em si mesmo nunca passível de ser utilizado como instrumento, Kant não admite qualquer função utilitarista da pena⁴⁸.

Para Hegel⁴⁹, a pena não atende a um apelo de justiça, mas sim, um apelo da razão, em virtude de um processo dialético⁵⁰ inerente ao seu próprio sistema de direito. Nessa concepção, o delito é uma violência contra o direito⁵¹ e a pena uma violência contra a primeira violência, que ao atuar, restabelece a ordem jurídica violada. Em outras palavras “a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional” e tem a finalidade de restaurar uma idéia, precisamente, “restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito”⁵².

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. Passim.

⁴⁷ Futuramente, quando da análise dos pressupostos filosóficos do Direito Penal do Inimigo, o pensamento de Kant será analisado de forma mais detalhada.

⁴⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*: parte I. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70. Passim.

⁴⁹ HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Passim.

⁵⁰ Conforme chama a atenção Cezar Roberto Bitencourt, é evidente a aplicação do método dialético de Hegel em sua teoria da pena, sendo que podemos dizer que a “tese” é a vontade geral – ordem jurídica –, e a “antítese” é o próprio delito como negação da vontade geral e, conseqüentemente, a pena é a “síntese”, que é a negação da negação. In: BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.87.

⁵¹ HEGEL, G.W.F. op. cit., p. 85.

⁵² GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. v.1, t.1, p.74.

O pensamento acima esposado é percebido no seguinte trecho:

O princípio conceitual de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira.⁵³

Assim, por isso que se diz que a pena, em Hegel, é uma retribuição jurídica e não moral, como em Kant, muito embora L. Ferrajoli assevere que ambas são apenas “aparentemente distintas”⁵⁴, posto que Hegel concebe o Estado como “espírito ético” ou “substância ética” ou simplesmente “ethos”, a ideia de retribuição jurídica, em última análise, também baseia-se no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico.⁵⁵

As críticas dirigidas às teorias absolutas ou retributivas são as mais diversas, tornando realmente difícil a sua sustentação teórica.

⁵³ HEGEL, G.W.F. op. cit., p. 84.

⁵⁴ Em sentido contrário afirma Anabela Miranda Rodrigues que destina quatro páginas de sua obra para demonstrar os motivos pelos quais as teorias de Kant e Hegel não são coincidentes. Sustenta a referida autora: “O que se pretende deixar claro é que, para Hegel, só conceitualmente é que a pena é retribuição, no sentido de que tem a sua origem no próprio crime [...] o que se pode dizer é que a teoria hegeliana não é de entender como teoria retributiva em sentido clássico, nem quando afirma a igualdade entre a pena e o crime [...] O próprio Hegel afasta a ideia de que pena e crime possam considerar-se iguais [...] como pressuporia uma normal aplicação do princípio retributivo. [...] O único critério admissível para definir a pena é encontrado por Hegel, assim, na violação da liberdade que o delinqüente nega, seja como liberdade actual de outrem, seja como sua própria, enquanto ser racional, sendo portanto a pena, por princípio, uma “pena de liberdade”. In RODRIGUES, Anabela M. *A Determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.153 e ss.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi.op.cit., p. 237.

Inicia-se, por Roxin, para quem tal teoria somente se justifica por um ato de fé, o que já a esvazia de qualquer conteúdo científico⁵⁶ e a torna completamente incompatível com uma teoria do Estado laico e secularizada.

Ferrajoli assevera, que tais concepções representam um traço da sobrevivência de antigas crenças mágicas, derivando-se de uma confusão entre direito e natureza, direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação interna e justificação externa e são todas, filosoficamente, absurdas. Aponta, ainda, que a idéia de infligir uma pena, fundamentada apenas em um valor intrínseco, pareceu, a Alf Ross, tão sem sentido que o mesmo chegou a supor que ninguém jamais a tivesse sustentado seriamente.⁵⁷

Paulo Queiroz inicia sua crítica, sustentando que o fim do Estado e conseqüentemente do Direito e da pena não é realizar Justiça, mas sim algo menos ambicioso que é a viabilização da convivência social. Salaria, outrossim, que a absolutização do fundamento de punir supõe a absolutização dos fins do Estado, algo incompatível com o perfil do Estado Democrático, que por ser funcional/instrumental, somente pode ter funções relativas e não absolutas, não sendo por outro motivo que o conceito absoluto de pena não tem amparo na maioria dos códigos ou leis penais, que pelo contrário, relativizam a pena e admitem diversas possibilidades de extinção da punibilidade (*abolitio criminis*, decadência, prescrição, perdão judicial, etc.).

⁵⁶ FÖPPEL, el H. Gamil. *A Função da pena na visão de roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi.op.cit., p. 239.

Aponta, por outro lado, que essas teorias absolutizam também o conceito de delito, desprezando o fato deste não existir ontologicamente, pois é dependente das reações sociais e dos processos de criminalização. Ainda, critica o fato das teorias absolutas desconsiderarem, todo conhecimento criminológico acerca da realidade operativa dos sistemas penais.⁵⁸

Maria Lúcia Karam também faz críticas contundentes ao sustentar a irracionalidade⁵⁹ da pena absoluta, sendo que se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, porque se deveria reproduzi-lo, insistindo nele com a pena? Para tal autora seria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral.⁶⁰

Günther Stratenwerth crítica o caráter moral, da pena retributiva ao sustentar que não é possível falar da pena como uma sanção jurídica, que procura a perfeição moral do delinquente, posto que somente se trata de solução dos conflitos sociais surgidos do fato punível, de tal maneira que o cumprimento da pena deveria ter como conseqüência também a justificação real, mas como é sabido, o que ocorre é precisamente o contrário: a pena, não apaga o pecado do condenado perante os olhos da sociedade, mas sim o marca a fogo.⁶¹

Carrara chama atenção para o fato das teorias retributivas, basearem-se em um princípio moral abstrato, mostrando que o delinqüente merece uma pena, entretanto,

⁵⁸ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 31.

⁵⁹ No mesmo sentido ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria. F. C. Bottallo. São Paulo: Rideel, 2007. p. 83 e RODRIGUES, Anabela M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.181 e ss.

⁶⁰ KARAM, M. Lúcia. *Curso livre de abolicionismo*. Coordenação de Edson Passeti. Rio de Janeiro, Revan, 2004. p. 82.

sem explicar o porquê desta ser infligida pela autoridade social e exclusivamente por ela, fato que por si só, exige uma segunda teoria para demonstrar a razão de ser do Estado.⁶²

Por fim, transcrevemos trecho de Bernardino Alimena que resume sua crítica ao aspecto vingativo dessa teoria :

Pelo contrário, como já disseram alguns escritores, parece que a retribuição do mal com o mal, prescindindo do aspecto utilitário, não é mais que uma inútil repetição do mal. A retribuição não é mais que uma vingança, é a vingança coletiva em lugar da vingança individual. E a vingança é sempre vingança, mesmo que o Estado em substituição ao simples cidadão garanta que não haja excessos e arbitrariedades. Isso, à primeira vista, pode parecer absurdo e inesperado, algo que se choca com nossos hábitos mentais; mas observando-se novamente, vê-se que a retribuição, que parece a forma ideal e sublime da justiça, não é outra coisa senão a vingança, a vingança mais ou menos transformada, limpa, mas ao fim e ao cabo, a vingança.⁶³

Apesar de tudo, nos parece que o motivo mais importante pelo qual se deve refutar as teses absolutas é que estas pressupõem necessária à intervenção jurídico-penal, considerando justas as normas jurídicas já estabelecidas ou por vir, legitimando-as, independentemente das razões que as ditaram, seja qual for o regime político⁶⁴, democrático ou totalitário, permitindo o desenvolvimento de modelos não liberais de direito penal máximo⁶⁵.

⁶¹ STRATENWERTH, Günter. *Derecho pena: parte general 1*. Tradução ao espanhol por Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 14.

⁶² CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 53.

⁶³ ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria. F. C. Bottallo. São Paulo: Rideel, 2007. p. 83 e ss.

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo. op.cit., p. 31.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. op.cit., 241.

1.6 - TEORIAS PREVENTIVAS

A concepção da pena como meio ou instrumento para algum fim utilitário representa a característica comum a todas as teorias relativas.

O utilitarismo, portanto, exclui todas as penas socialmente inúteis e é o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal que busca limitar o poder punitivo do Estado. Para essas doutrinas, a aflição penal são preços necessários para evitar males piores, e não homenagens à moral, à religião ou à vingança.

Entretanto, importante salientar que existem duas versões do utilitarismo muito antagônicas: A primeira, de natureza autoritária e cúmplice do direito penal máximo, que é *ex parte principis*, diz respeito à utilidade do Estado, concebido como sujeito político autônomo e superior à sociedade, à moral e o direito, tendo como principal objetivo o interesse do príncipe ou do Estado, como nas concepções de Maquiavel e Carl Schmitt. A segunda, mais comum, enxerga um utilitarismo *ex parti populi*, característico da filosofia penal de origem contratualista e iluminista, que tem como objetivo o bem-estar e a utilidade dos governados. Essa segunda concepção existe em duas versões: a primeira tem como finalidade a máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes; a segunda tem como finalidade o mínimo sofrimento necessário a ser aplicado à minoria dos desviantes.⁶⁶

Desse modo, dois critérios distinguem todas essas teorias: o que diz respeito aos destinatários da prevenção, *geral* ou *especial*, e o que diz respeito à natureza das

⁶⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 243.

prestações da pena, *positivas* ou *negativas*, dependendo, em ambos os casos, do destinatário.

Assim, são quatro as doutrinas relativas: 1- Teoria da Prevenção Especial Positiva ou da Correção, que atribui à pena a função de corrigir o criminoso; 2- Teoria da Prevenção Especial Negativa ou da Incapacitação, que atribue à pena a função de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o criminoso; 3- Teoria da Prevenção Geral Positiva ou da Integração, que atribui à pena a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos ao ordenamento jurídico; 4- Teoria da Prevenção Geral Negativa ou da Intimidação, que atribui à pena a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça penal.⁶⁷

1.7 - TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL

A doutrina da prevenção especial, de forma genérica, justifica a atuação da pena sobre o criminoso para que este não volte a delinquir. Isso se efetivaria, conforme formulação de Roxin, da seguinte maneira: corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando o incorrigível (prisão) e aquele que não é intimidável.⁶⁸

Em sede de prevenção especial, o projeto disciplinar encontra-se quase sempre composto por ambas as finalidades da prevenção especial, seja a *positiva* da reeducação do réu, ou a *negativa* da sua eliminação ou neutralização, dependendo,

⁶⁷ FERRAJOLI, op cit., p. 245.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Apud* SHECAIRA, Sérgio S. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.135.

o objetivo da pena, da análise da situação concreta, ou seja, da personalidade do condenado - se corrigível ou incorrigível.

A doutrina mais autorizada, comumente, apresenta três formas principais, identificáveis por diferentes motivações filosóficas ou políticas, de manifestação da Teoria da Prevenção Especial, quais sejam: as doutrinas moralistas de emenda do criminoso; as doutrinas naturalistas de defesa social e as teleológicas-pragmáticas de diferenciação da pena.

As doutrinas de emenda, também conhecidas por *poenas medicinalis*, são as de origem mais remota e fruto de uma concepção espiritualista do homem, inspirada na forma mais abstrata e indeterminada do livre-arbítrio.

Tal visão, quando elaborada por Platão e reelaborada por São Tomás tinha como preceito que os homens que delinqüem podem não apenas ser punidos, mas inclusive, ser obrigados pelo Estado a tornarem-se bons. Ademais, essa concepção foi utilizada por todo direito penal canônico e encontra-se também, já na idade moderna, acolhida no projeto penal de Thomas More, que elabora a primeira forma de privação da liberdade pessoal como pena voltada à reeducação, com duração indeterminada e comutável em pena de morte quando o réu se mostre irrecuperável, ao mesmo tempo, útil como medida de prevenção e de ordem pública.⁶⁹

Já as doutrinas terapêuticas de defesa social, representadas principalmente pela Escola Positiva Italiana e pelo modelo soviético, perseguem a prevenção especial do delito conferindo às penas e medidas de segurança a finalidade dupla de curar o

condenado e/ou neutralizá-lo. A idéia central é de que o criminoso é um ser antropológicamente inferior e, em virtude do determinismo, representa um grande perigo para a sociedade.

Conseqüentemente, a pena é encarada como um instrumento de defesa social⁷⁰ que deve perdurar enquanto perdurar a periculosidade. Na Escola Italiana os principais defensores foram E. Ferri, R. Garofalo, E. Florian, F. Grispigni e C. Lombroso e na União Soviética, com premissas diversas, Lênin, E. Pasukanis e P. Stucka.⁷¹

Por fim, a terceira corrente correicionalista, confia a função de prevenção especial das penas às suas individualizações e diferenciações. Seu maior teórico foi Franz Von Liszt, que em 1882, no famoso Programa de Marburgo, elaborou um modelo de direito penal concebido enquanto instrumento flexível e polifuncional de “ressocialização”, “neutralização” ou de “intimidação”, dependendo dos diversos “tipos de delinquentes tratados” – “adptáveis”, “inadaptáveis” ou “ocasionais”. Esta teoria da prevenção especial é menos condicionada por pressupostos filosóficos que as demais, motivo pelo qual, segundo Ferrajoli, reflete o “projeto autoritário de um liberalismo conservador que identifica, abertamente, a ordem a ser defendida penalmente com a estrutura de classes existente, sem excessivas preocupações [...] de uma justificação axiológica”.

Os seguintes trechos da Liszt comprovam a constatação do professor italiano:

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. op.cit., p. 248.

⁷⁰ SODRÉ, A. Moniz de Aragão. *As três escolas penais*. 6. ed. São Paulo, Freitas Barros, 1955. p. 267.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. op.cit., p. 255.

A luta contra a delinqüência habitual pressupõe um exato conhecimento da mesma. Este conhecimento ainda hoje nos falta. Trata-se, com efeito, somente de um elo desta corrente, frise-se, o mais perigoso e significativo, de manifestações patológicas da sociedade que nós comumente agrupamos sob a denominação de proletariado. Mendigos e vagabundos, indivíduos alcoolizados e dados à prostituição, sujeitos de vida errante e desonestos, degenerados física e espiritualmente, que concorrem todos para a formação do exército dos inimigos capitais da ordem social, exército cujo Estado Maior parece formado por delinqüentes habituais.⁷²

Recentemente esta doutrina encontrou uma nova reformulação levada a cabo por Marc Ancel, que sem abandonar o essencial, tratamento do delinqüente como meio de defesa social com o fim de recuperá-lo, inspirou diversas legislações contemporâneas como as francesas, alemãs, espanholas e, inclusive nossa lei de execuções penais.

As críticas à Teoria da Prevenção Geral são de diversos matizes que podem ser sintetizadas em alguns pontos. Primeiramente, o fato de se encarar a pena como um tratamento, dá-lhe um caráter de indeterminação tanto dos meios quanto do tempo de duração, sendo terreno fértil para o desenvolvimento de modelos, de direito penal máximo em virtude da ausência de quaisquer limites.

Tal doutrina, outrossim, é manifestação da concepção de direito penal do autor, já que a medida coercitiva é aplicada levando-se em consideração o que o sujeito é e não o que ele fez⁷³. Ademais, a experiência demonstrou que não existem efetivamente penas corretivas ou de caráter terapêutico e que o cárcere é um lugar

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 250.

criminógeno⁷⁴, onde a única educação efetiva é para o crime, sendo, portanto, educação e repressão institutos incompatíveis.

Por fim, nesse método há certa confusão entre o direito e a moral, sendo que não pode o Estado ter projetos de moralização individual ou de ortopedia social, posto que estes conflitam diretamente com o direito individual de permanecer imune às práticas coativas de transformação⁷⁵, ou nas palavras de Alimena “porque o Estado não pode impor ao cidadão que seja bom contra sua vontade”⁷⁶.

O seguinte trecho de Ferrajoli é suficiente para finalizarmos esse tópico:

Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correccionalistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado. Pensemos à doutrina nazista do “tipo normativo do autor”, orientada para uma total subjetivização dos pressupostos da pena identificados com a “infidelidade” ao Estado e com o correlato repúdio de qualquer relevância, mais do que “sintomatológica”, da objetividade da conduta. Pensemos, também, aos manicômios criminais soviéticos e às escolas de reeducação da China popular.⁷⁷

⁷³ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 58.

⁷⁴ CONDE, M. *Derecho penal e control social*. [S.l.]: Fundação Universitária de Jerez. 1985. p.124 *Apud* QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 60.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 252 e ss.

⁷⁶ ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria. F. C. Bottallo. São Paulo: Rideel, 2007. p. 83 e ss.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 257.

1.8 - TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL

As doutrinas da prevenção geral, são tradicionalmente identificadas pelo elemento intimidatório da pena, que tem o objetivo de infundir temor aos possíveis delinquentes de forma a afastá-los da prática delitiva.⁷⁸

Entretanto, como já salientado, atualmente a prevenção geral comporta duas acepções distintas: a negativa e a positiva, que a grosso modo, representam respectivamente a intimidação dos cidadãos e a reafirmação da estabilidade normativa.

Trataremos das duas.

A teoria da prevenção geral negativa têm sua gênese nas idéias iluministas e estão afinadas filosófica e politicamente com seus ideais, principalmente pela separação entre direito e moral. Dessa forma, é possível a distinção de dois subgrupos: a) a doutrina de intimidação exercida sobre a generalidade dos cidadãos através do *exemplo* que se dá com a *condenação*; b) a doutrina da intimidação, também voltada para generalidade de cidadãos, mas não pelo exemplo condenatório, mas sim pela *ameaça* contida na *lei*.

O primeiro subgrupo, que se fundamenta na crença de que todos os cidadãos, intimidados pela condenação de um de seus pares, deixarão de delinquir, teve como principais expoentes Grócio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Beccaria,

⁷⁸ PRADO. Luis R. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1, p. 541.

Bentham, Filangieri e, em geral, os pensadores jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Tal concepção, mais que qualquer outra, vai de encontro ao princípio kantiano de que o homem é um fim em si mesmo e não pode, de maneira nenhuma, ser utilizado como instrumento.

A crítica realizada por Francesco Carrara merece ser transcrita:

O sistema da defesa social indireta peca. porque faz do homem um instrumento nas mãos da sociedade, a qual se serve do corpo de um cidadão para intimidar os outros cidadãos, martirizando-o para persuadir aqueles a não ofender as leis sociais... Mas se o direito do indivíduo legitimamente se sacrifica para a utilidade de todos; se legitimamente se despe um indivíduo de seus direitos com o fim de incutir temor nos outros, não há mais razão para subordinar a consecução dessa grande utilidade geral à culpabilidade do condenado. A impunidade de um grande delito é um mal social que a todos os outros atinge. Um homicídio não punido encoraja outros dez, outros vinte assassinos. Se um acusado é de outra parte um cidadão desagradável, a opinião pública grandemente suspeita de que seja o autor do crime que o acusador lhe atribui, e se sacrifique ainda que não haja suficientes provas da sua culpa: digo mais, se sacrifique ainda que se saiba que não tenha sido culpado daquele delito: o conto volta à cabeça; é melhor sacrificar um cidadão inocente de má fama que deixar cair o punhal sobre vinte honestos e inocentes cidadãos: a utilidade social, o fim da intimidação, torna legítima a condenação do inocente. Eis os vícios capitais que o sistema da tutela jurídica reprova no sistema da defesa social; e que ruborizaria de ter em comum com ele.⁷⁹

Assim, principalmente pelo caráter ilimitado da pena, tanto no que se refere à sua intensidade, quanto à sua duração, posto que se pode e se deve utilizar de todos os meios necessários, desde penas exemplares até mesmo punições de

inocentes à prevenção de futuros delitos, desvincula-se, como requisito da pena, a culpabilidade e a própria necessidade existência do delito, permitindo a prática de esquemas de processo que excluem as garantias da defesa, em particular o princípio do *in dubio pro réu*. Com efeito, vale a máxima de que “os fins justificam os meios”, constituindo-se, na prática, a submissão das razões jurídicas às razões políticas ou de Estado, que como observa Radbruch, deságuam no “terrorismo penal”^{80 81 . 82}.

Já o segundo sub-grupo, que funda a prevenção não na temeridade da pena efetivamente aplicada, mas sim na ameaça da previsão desta abstratamente na lei penal, não traz perigos da mesma natureza que o primeiro sub-grupo. Ensina-se que seu principal teórico foi Anselm Feuerbach, seguido por G. Romagnosi⁸³, Francesco M. Pagano, A. Schopenhauer, Camignani, Carrara e outros que os sucederam.

A formulação de Feuerbach é a mais conhecida e fundamenta-se sobre um argumento psicológico. Para esse autor, os crimes são motivados pela sensualidade, posto que é a concupiscência, ou seja, o prazer que leva os homens à ação delituosa. Logo, para frear esse impulso criminoso deve haver um contra-

⁷⁹ CARRARA, op. cit. p. 84.

⁸⁰ No mesmo sentido Beccaria quando pergunta “Qual é o fim político das penas?” e responde: “O terror dos outros homens”. Em *Dos delitos e das penas*. Tradução de Alexis A. C. Brito. São Paulo: Quartien Latin, 2005, p. 64

⁸¹ No mesmo sentido SHECAIRA, Sérgio S. *Teoria da pena*. São Paulo: R.T, 2002. p.131.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252 e ss.

⁸³ ROMAGNOSI, Giandomenico. Génesis del derecho penal. Bogotá: Temis, 1956. p.107. “Por tanto, es necesario para la conservación y para la tranquilidad sociales, que es futuro malvado tema, no sólo los preliminares, sina las consecuencias de su delito. Luego la sociedad tiene incontrastable derecho a emplear los medios que pueden infundir esse temor.

impulso, que é representado pela certeza da aplicação da pena, que age sobre toda a comunidade jurídica através de uma “coação psicológica”.⁸⁴

Assim, essa teoria depende essencialmente do livre-arbítrio e da racionalidade dos homens, idéias inerentes ao período em que foi desenvolvida, posto que a todo momento, estes tem que comparar e calcular as vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena.

Entretanto, essa concepção da pena, que busca dissuadir o criminoso apenas com a previsão de um castigo para determinados atos poderia até assegurar eficácia às proibições penais, mas não justifica, de modo algum, as proibições em si, não bastando para fundamentar o direito penal.

Porém, apenas este aspecto formal já é digno de nota, pois conforme aponta Ferrajoli, é o único capaz de assegurar um fundamento racional a três princípios garantistas essenciais, que limitam o poder punitivo estatal.

O primeiro princípio garantido é o da estrita legalidade, pois, se a única função do direito penal é prevenir os delitos, o único modo de efetivá-la é indicando preventivamente e anteriormente os tipos penais. O segundo princípio garantido é o da materialidade dos delitos, já que somente é possível prevenir ações consistentes em comportamentos exteriores e não os estados de ânimo interiores, como a maldade, a periculosidade, imoralidade, etc. O último princípio é o da

⁸⁴ FEUERBACH, P. J. Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*. Tradução ao espanhol por E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 58 e ss.

culpabilidade⁸⁵, vez que só são passíveis de prevenção as ações culpáveis e voluntárias, mas nunca aquelas involuntárias e inculpáveis decorrentes de caso fortuito, força maior ou atos de terceiros.⁸⁶

Conseqüentemente, há outros pontos importantes garantidos por essa teoria, que são explicitados no seguinte trecho:

Conseqüentemente, dele deriva o valor conferido à certeza do direito, à objetividade e à fatualidade dos pressupostos da pena, à verdade processual enquanto verdade empírica, bem como das garantias da defesa voltadas para impedir a punição dos inocentes em geral. Por derradeiro, a função preventiva geral, em razão do caráter abstrato da previsão legal quer dos delitos, quer das penas, enfocam o delito e não o delinqüente individualmente, protegendo estes de tratamentos desiguais e personalizados com fins corretivos de emenda ou de terapia individual ou social ou para fins políticos de repressão exemplar.⁸⁷

A título de crítica, não obstante o já citado fato de a teoria da prevenção geral negativa não fundamentar a aplicação da pena, conseqüentemente não justificar a existência do direito penal, soma-se a realidade de não se estar provado empiricamente que a norma penal desestimule os comportamentos criminosos, ou seja, que atue no processo motivacional de formação da vontade de praticar o crime, neutralizando as ações delituosas. É, portanto, duvidoso, conforme assevera Paulo

⁸⁵ Para Sérgio Salomão Shecaira o princípio da culpabilidade não está consagrado nessa teoria da pena, pelo contrário, para esse autor há uma desconsideração desse princípio, conforme se depreende do seguinte trecho: “Se o Estado pune o delinqüente para que, com isso, consiga incutir o mesmo nos demais agregados sociais, a pena não está apoiada na culpabilidade, mas se restringindo a uma ação de intimidação através da punição exemplar daquele que cometeu o ato ilícito. Tal idéia não pode prosperar em um Estado Democrático de Direito”. In: *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p.131.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 258 e ss.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 259.

Queiroz, que um ladrão de bancos ou um terrorista, que decide correr riscos reais, de vida inclusive, tenha em conta a possibilidade de vir a ser preso, processado e condenado.⁸⁸

Há, ainda, a teoria da prevenção geral positiva ou integradora, que diferentemente da prevenção geral negativa - onde a pena se presta a prevenção de futuros delitos - busca, com a pena, infundir na consciência coletiva o respeito a determinados valores, promovendo a fidelidade ao direito e o cumprimento das normas, para finalmente, alcançar a integração social.

Nas palavras de Mir Puig:

...mudou-se o ponto de partida: a pena não se dirige somente aos delinqüentes eventuais, pois não se trata de inibir sua possível inclinação ao delito, mas sim a todos os cidadãos, posto que tem por objeto confirmar sua confiança à norma⁸⁹

Ainda, importante a lição de Anabela Miranda:

O ponto de vista que aqui está em causa tem um cariz “compensador”, de “integração” ou “estabilizador”, em que o que se pretende é assegurar o restabelecimento e a manutenção da paz jurídica perturbada pelo cometimento do crime através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade no respeito pelos comandos jurídicos-criminais ou, por outras palavras, garantir a estabilização das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma violada. É esta hoje, sem dúvida, uma concepção de prevenção geral largamente difundida, acolhida favoravelmente por um amplo sector

⁸⁸ QUEIROZ, Paulo. op. cit., p. 36.

doutrinal como teoria que limita de forma racional a tendência da intimidação penal para o terror.⁹⁰

Apesar da relativa novidade de tal formulação no direito penal, essa construção não é original. Durkheim, em *As Regras do Método Sociológico*, publicada em 1895, já preconizava que ao cometer um crime o delinqüente ofendia a consciência coletiva e que a pena buscava restaurar essa consciência e manter a coesão social.⁹¹ Também Francesco Carrara, no seu *Programa de Direito Criminal*, já demonstrava certa preocupação com a prevenção geral positiva, ao afirmar que “a pena deve reparar êsse dano com o *restabelecimento da ordem*, perturbada pela desordem do delito”⁹². Por fim, Enrico Ferri, expoente da escola positiva, também demonstra certa preocupação, sempre de forma acessória ou reflexa, com a prevenção geral integradora.⁹³

Cumprе salientar que há uma divergência no âmbito da teoria da prevenção geral positiva, especificamente no que se refere à existência, ou não, de outras finalidades à pena que não a simples confirmação da vigência da norma.

Desse modo, surge uma subdivisão, tendo de um lado uma concepção fundamentadora da prevenção geral positiva, para a qual, basta como função da

⁸⁹ PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. *Apud* MARQUES, O. H. Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 105.

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.181 e ss.

⁹¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social: os pensadores*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 69.

⁹² CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 76.

⁹³ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Tradução de Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996. p. 122. “Antes de mais nada, ela (defesa social – finalidade da pena) imprime, radica e transmite hereditariamente na consciência dos cidadãos o sentido do lícito e do ilícito, não só jurídico como moral, visto que todo preceito de ordem moral pode não ser também jurídico (isto é, munido de sanção coercitiva), mas todo preceito jurídico é ao mesmo tempo um preceito moral, ou pelo menos

pena a simples manutenção da vigência da norma, defendida por Welzel e Jakobs; e de outro uma concepção limitadora, que acresce à pena, além da vigência da norma, a função de limitar o poder punitivo do Estado, defendida por Mir Puig, Hassemer, Silva Sánchez e Roxin.^{94 95}

Para Roxin, o caráter limitador se encontra na culpabilidade do criminoso, não podendo o Estado, portanto, ampliar sua função preventiva além dos limites da reprobabilidade da conduta do infrator. Ainda, defende um direito penal mínimo, subsidiário, onde só se admite que a punição das lesões a bens jurídicos quando esta for indispensável ao convívio social.⁹⁶

Para Hassemer, a ressocialização e a retribuição são apenas instrumentos para se efetivar o fim principal da pena: a prevenção geral positiva, que encontra sua limitação no direito penal do fato, princípio da proporcionalidade e procedimentos cercados de garantias jurídico-constitucionais.⁹⁷

Por sua vez, Silva Sánchez sustenta a necessidade de se conciliar os princípios preventivos da pena com os princípios de proporcionalidade, humanidade e ressocialização, posto que tais princípios estão arraigados na consciência popular, não podendo, o legislador, ignorá-los.⁹⁸

não pode ser um preceito imoral: portanto, a proibição de algumas ações acompanha a marcha da moralidade.”

⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio S. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.132.

⁹⁵ FÖPPEL FÖPPEL, H. Gamil. *A função da pena na visão de Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

⁹⁶ MARQUES, O. H. Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 106.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 150 e ss.

⁹⁸ MARQUES, O. H. Duek. op. cit., p. 106.

Finalmente, Santiago Mir Puig acredita numa versão limitada da ressocialização dentro do programa mínimo, sustentando que a intervenção penal só se justifica quando necessária para a proteção dos cidadãos.⁹⁹ Assim, enquanto para a concepção fundamentadora o fim da pena é unicamente a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora essa função confirmadora deve ser restringida pelos princípios de intervenção mínima, proporcionalidade, ressocialização, culpabilidade, etc., de maneira a impedir a imposição arbitrária de determinados padrões éticos.¹⁰⁰

Logo, na concepção limitadora, a idéia de prevenção estaria voltada não para a sociedade, mas sim para o Estado, com a finalidade de lhe impor limites ao poder punitivo. Segundo Gamil Föppel, é uma perspectiva garantista, que a alia à necessidade de limitar o *jus puniendi* à uma idéia de prevenção especial, voltada para ressocialização.¹⁰¹

Já a concepção fundamentadora, que tem ganhado mais destaque, principalmente em virtude de ser uma novidade, propõe simplesmente solidificar os valores sociais, garantindo que a sociedade continue a funcionar como um todo orgânico, ou, no dizer de Luis Greco: “busca fortalecer seu sentimento de confiança no ordenamento jurídico e seu respeito pelos bens jurídicos fundamentais para o convívio em sociedade”.¹⁰²

Na concepção de Welzel, incumbiria ao Direito Penal uma finalidade ético-social, que deveria garantir os bens jurídicos e de forma principal, os valores éticos da

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ SHECAIRA, Sérgio S. op. cit., p.131.

¹⁰¹ FÖPPEL, H. Gamil. op. cit., p. 37.

sociedade, vez que mais significativos e essenciais para manutenção desta, no sentido de fortalecer a fidelidade ao direito.¹⁰³

Sustentando sua tese, Welzel argumenta que quando a intervenção penal se efetiva já é muito tarde para que o Direito Penal aja na garantia dos bens jurídicos, sendo, portanto, mais importante assegurar a real vigência dos valores de ato da consciência jurídica.¹⁰⁴

O seguinte trecho de seu pensamento é esclarecedor:

“mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência dos valores de ato da consciência jurídica; isso constitui o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção dos bens jurídicos tem um fim policial e negativo. Contrariamente, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social de caráter positivo.”¹⁰⁵

Como já salientado, o outro grande representante dessa corrente¹⁰⁶ é Günther Jakobs, autor alemão, professor da Universidade de Bonn, idealizador do Direito Penal do Inimigo, objeto primordial do presente estudo.

¹⁰² Ibidem., p. 39.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 150 e ss.

¹⁰⁴ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 39.

¹⁰⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Tradução de Bustos Ramirez. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993. *Apud*: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

¹⁰⁶ Conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt, na verdade, Jakobs apresenta uma formulação um pouco diferente da prevenção positiva fundamentadora, pois apesar de coincidir com Welzel em buscar na coletividade sua manutenção fiel aos ordenamentos do direito, nega que com isso se queira proteger determinados valores éticos e bens jurídicos. In BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 146 e ss.

Neste momento, apresentaremos de forma bem concisa a formulação jakobsiana da pena, não na sua forma atual, mas na concepção puramente preventiva geral positiva, ou seja, exatamente com os caracteres e na forma em que foi defendida pelo professor alemão até o ano de 2005, quando publicou a “A Pena Estatal: Significado e Finalidade”¹⁰⁷, momento em que Jakobs acrescenta um elemento a mais à teoria, a saber: a dor penal como pressuposto da pena para garantia da segurança cognitiva. E assim será, pois voltaremos à sua teoria nos próximos capítulos, aí sim, analisando em sua atual configuração, com maior profundidade e de forma concomitante ao Direito Penal do Inimigo.

A principal característica da teoria jakobsiana é sua concepção sistêmica, que é um modelo importado da sociologia para o âmbito jurídico-penal, consistente na transferência do objeto de estudo do homem para a sociedade (o homem passa a ser considerado um subsistema). Essa linha de pensamento remonta ao funcionalismo de Durkheim, Robert Merton, Talcot Parsons e Niklas Luhmann.

Assim, nessa esteira de raciocínio, o discurso jurídico-penal seria o regulador do controle social frente às condutas desviadas. A pena, portanto, deixa de perseguir fins preventivo-gerais e especiais, tendo como objetivo apenas a necessidade de garantir o consenso, isto é, contribuir para o equilíbrio do sistema¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Essa obra ainda não foi publicada no Brasil, posto que foi escrita por Jakobs em 2005 e publicada na Espanha em 2006, com tradução e estudo preliminar de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, pela Editora Civitas.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 86 e ss.

A concepção de Jakobs¹⁰⁹ é denominada de funcionalista e parte do pressuposto de que em uma sociedade há diversos contatos e interações que, por sua vez, geram expectativas que devem ser asseguradas como condição de subsistência da ordem e do próprio sistema social. Essas expectativas, para manutenção da configuração social, são normatizadas e o crime é uma ameaça à integridade e à estabilidade social, demonstrando, por parte do infrator, infidelidade ao Direito. Assim, a pena, de forma contrafática, se opõe ao crime e mostra para a sociedade que as normas continuam tendo vigência e que merecem confiança.

Nas palavras do próprio Jakobs:

No Direito Penal não se trata de modo primário de se prevenir delitos – disso há de ocupar-se principalmente a polícia – mas sim de uma reação frente ao delito que assegure que a fidelidade ao ordenamento jurídico se mantenha como atitude natural da maioria das pessoas, para que as vítimas potenciais possam ter certeza de que não só têm direito a exercer seus direitos, mas ainda poderão exercê-los ficando incólumes, a menos que se localizem às margens da sociedade. Por conseguinte, os destinatários da pena não são somente – nem sequer o são em primeira linha – o autor em questão e outros delinquentes que já tenham tendência a cometer o fato, mas sim as pessoas fiéis ao ordenamento, ou seja, a grande massa destas: devem conservar sua fidelidade ao Direito e sua confiança na norma. Fala-se de prevenção geral positiva porque não se pretende alcançar a intimidação da generalidade de pessoas, senão a manutenção da norma como esquema de orientação, prevenção, porque se persegue um fim, precisamente, a manutenção da fidelidade à norma ,e isso,

¹⁰⁹ Conforme salienta Cancio Meliá e Bernardo Feijoo, não se pode falar de uma única teoria da pena de Jakobs, pois desde 1976, o referido professor vem desenvolvendo diversas teorias sobre o tema. Entretanto, há um elemento constante em todas as manifestações: a teoria da pena deve descrever a função da pena em um sistema social dado. In JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 18.

concretamente, respeito da sociedade em seu conjunto, por isso, prevenção geral.¹¹⁰

As críticas dirigidas a essas doutrinas, especialmente à funcionalista, são as mais contundentes possíveis e abarcam uma gama de argumentos realmente potentes.

Zaffaroni, na obra *Em Busca das Penas Perdidas*, salienta que a concepção sistêmica representa uma grave decadência do pensamento, já que ignora a verdade - posto que reconhece tanto a falsidade do discurso penal tradicional como os dados reais das teorias deslegitimadoras - para substituí-la pelo funcional, através do qual “a verdade se converte numa questão de funcionalidade”. Assevera, ainda, que esta transformação é perigosa para as garantias limitadoras da repressão estatal e da arbitrariedade dos órgãos do sistema penal, sendo uma equivalente da “doutrina de segurança nacional”, de forma que coloca em cheque todo o direito penal de garantias e retorna a um direito penal ultrapassado diante de um “paradigma fictício”, característico do discurso jurídico penal autoritário.

Importante, ademais, a crítica de Ferrajoli ao dizer que essas recentes doutrinas da prevenção geral positiva ou integradora voltam a confundir o direito com a moral e inserem-se no filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio da promoção da fidelidade ao Estado.¹¹¹

A crítica da portuguesa Anabela Miranda merece ser transcrita:

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 144 e ss.

Em jeito de síntese conclusiva quanto a esta teoria, o que se diz é que a possível e desejada renovação do sistema jurídico-penal mediante a abertura às finalidades político-criminais e, com elas, à idéia de prevenção, ficou bloqueada com a concepção preventiva de integração do direito penal, em que o centro de gravidade da norma penal passa da subjectividade do indivíduo para a subjectividade do sistema, procurando a sua manutenção e reforço, mas não a sua modificação crítica. O carácter conflitual da convivência social desaparece em um modelo tecnocrático em que o desvio social e o crime são “complexidades” que há que reduzir onde se manifestam, legitimando e reproduzindo um sistema que em caso algum é questionado. O efeito preventivo das normas penais confina-se, por conseguinte, à absorção do crime dentro do sistema e à estabilização deste. Em definitivo, a uma espécie de prevenção – de integração – que conduz a um “neo-retribucionismo”, ao “dogmatismo” e à legitimação “intra-sistemática” do direito penal.¹¹²

Por fim, ficam as questões: É possível que a teoria de Jakobs venha a legitimar tudo o que seja funcional à manutenção de um determinado sistema social, com total independência das características que ele mesmo apresenta? Pode, outrossim, a teoria da prevenção geral positiva contribuir para a justificação tanto de ordenamentos jurídicos que respeitam as garantias próprias do Estado de Direito como de regimes injustos, autoritários e ditatoriais?¹¹³

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.

¹¹² RODRIGUES, Anabela M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 149.

¹¹³ MARQUES, O. H. Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 144.

2- EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 - 1985

A expressão *Direito Penal do Inimigo*, em sua atual concepção, foi utilizada pela primeira vez em maio de 1985¹¹⁴ no Congresso dos Penalistas Alemães em Frankfurt pelo jurista alemão Günther Jakobs, que de forma muito crítica chamou a atenção do mundo acadêmico para o exacerbado endurecimento das legislações penais.¹¹⁵

Nesse momento, Jakobs critica alguns dispositivos do Código Penal Alemão¹¹⁶ que prevêm a incriminação no estado prévio de lesão ao bem jurídico, ou seja, consideram puníveis atos preparatórios e cogitações, pois tomam como ponto de partida única e exclusivamente a proteção desses bens. Conseqüentemente, o agente é percebido somente pelo fato de que pode constituir um perigo para o bem jurídico, de forma que, cabe antecipar, potencialmente sem limite algum, o começo

¹¹⁴ A exposição foi feita no formato de palestra e foi publicada em língua espanhola na obra *Estudios de Derecho Penal* com tradução ao espanhol de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid : UA Ediciones, Civitas, 1997. No Brasil, o texto foi traduzido do espanhol por André Callegari e encontra-se na obra *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

¹¹⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 157.

¹¹⁶ Nesse sentido NEUMAN, Ulfried. *Derecho penal del enemigo*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 391.

de tal perigo ¹¹⁷. Em outras palavras, o autor é visto como “inimigo do bem jurídico”¹¹⁸

Assim, ao desenvolver o tema, o professor alemão se opõe a tal concepção e defende o Estado de Liberdades, sustentando que na vigência deste não há legitimidade para o Estado invadir o âmbito privado do autor, e ainda, que “estão isentas de responsabilidade não apenas as *cogitações*, mas sim, toda a conduta que se realize num âmbito privado e, também, toda conduta externa que seja *per se* irrelevante.”¹¹⁹

Desta forma, defende ser legítima somente a incriminação pelos atos que ultrapassem o limite das cogitações (*cogitationis poenam nemo patitur*) e, ainda, que o agente se porte de modo perturbador, ou seja, que suas ações intervenham em um círculo de organização alheia.¹²⁰

Ademais, sustenta que a limitação dessa ingerência do Estado no âmbito interno do autor é garantida pelo seu direito à liberdade e privacidade, decorrentes de seu *status* de cidadão, conforme se depreende do seguinte trecho:

Para definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os

¹¹⁷ JAKOBS, Günther. *Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Tradução de André Luis Callegari. In: _____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.108.

¹¹⁸ Ibidem., p.109.

¹¹⁹ Ibidem., p.119.

¹²⁰ Ibidem., p.120.

bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do status de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações da punibilidade.¹²¹

É a partir daí que começa a se configurar o *Direito Penal do Inimigo*, pois apesar de concordar que a privação do cidadão ao seu âmbito interno, ou de seu *status* de cidadão, é útil para a proteção dos bens jurídicos, Jakobs adverte ainda que “uma diminuição semelhante do sujeito pertence a um direito penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente do direito penal dos cidadãos”¹²², “pois quando o Estado interfere no âmbito privado termina a privacidade e com ela a posição do cidadão como sujeito; sem seu âmbito privado o cidadão não existe”¹²³.

E é dessa diminuição do sujeito, do desrespeito ao seu *status* de cidadão que surge o *Direito Penal do Inimigo*.

Exatamente nesse momento tem lugar a afirmação em que Jakobs sentencia: “o direito penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal de cidadãos otimiza esferas de liberdade”.¹²⁴

¹²¹ JAKOBS, Günther. *Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Tradução de André Luis Callegari. In: _____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.111.

¹²² Ibidem., p. 114.

¹²³ Ibidem., p. 112.

¹²⁴ Ibidem., p. 114.

Depois de apresentar a diferença conceitual teórica, entre o *Direito Penal do Inimigo* e Direito Penal do Cidadão, Jakobs segue para o pragmatismo e denuncia que diversos preceitos do Código Penal Alemão (StGB) “caem fora” do limite do Direito Penal do Cidadão e pertencem ao *Direito Penal do Inimigo*, como por exemplo: todas as incriminações de atos preparatórios, na medida que se realizem no âmbito privado, tentativa de participação, alguns delitos contra a segurança do Estado, como a constituição de associações criminais ou terroristas e etc.¹²⁵

Mas o importante nesse momento é salientar que Jakobs não deseja o *Direito Penal do Inimigo*, pelo contrário, o combate exaustivamente, sustentando, inclusive, sua incompatibilidade com um Estado Democrático, como quando afirma que “A existência de um direito penal de inimigos, portanto, não é sinal de força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe”.¹²⁶

Enfatizando o quão prejudicial e perigoso é o *Direito Penal do Inimigo*, Günther Jakobs finaliza sua explanação, advertindo que os preceitos legais a ele inerentes devem ser completamente separados “de um modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia, ou por qualquer outra forma no direito penal dos cidadãos”¹²⁷.

¹²⁵ JAKOBS, Günther. *Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Tradução de André Luis Callegari. In: _____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 114

¹²⁶ Ibidem., p. 143.

¹²⁷ Ibidem.

Por fim, nos debates que seguiram à apresentação, Jakobs afirmou sua esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar impossível o *Direito Penal do Inimigo*.¹²⁸

Entretanto, apesar do ineditismo do tema, nessa oportunidade, a doutrina não se ocupou muito em discutí-lo, pois o próprio Jakobs já fizera em sua exposição o que se esperava: criticou¹²⁹ e deslegitimou a existência de um Direito Penal diferenciado, admitindo-o apenas em caráter excepcional¹³⁰.

Esse foi o panorama da apresentação do *Direito Penal do Inimigo* em 1985, sendo que até a virada do milênio o tema permaneceu ignorado, sendo útil, raramente, para se descrever criticamente tendências modernas da legislação penal ou problemas dogmáticos específicos.¹³¹

2.2 - 1999

Em 1999¹³², Jakobs surpreendeu o mundo acadêmico quando, na chamada Conferência do Milênio, em Berlim, abandonou¹³³ a crítica que havia feito em 1985 e passou a fundamentar e a legitimar o *Direito Penal do Inimigo*, desenvolvendo

¹²⁸ GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.56, 2005. p. 84.

¹²⁹ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, 2004. p. 43.

¹³⁰ JAKOBS, Günther. *Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Tradução de André Luis Callegari. In: _____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.143.

¹³¹ GRECO, Luis. op. cit.,. p. 89.

¹³² A publicação deste texto em língua espanhola, de tradução de Teresa Manso Porto, consultada para elaboração da presente monografia, se deu sob o título *La Autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal ante los Desafíos del Presente*, publicada na obra *La Ciencia Del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*, sob coordenação de Francisco Muñoz Conde.

¹³³ Nesse sentido vale transcrever trecho de Ulfried Neumann: [...] *en la concepción de Jakobs el centre de gravedad se há trasladado de la crítica a la afirmación Del Derecho penal Del enemigo [...]*. In: *Derecho Penal del Enemigo- El Discurso Penal de la Exclusión*. MELIÁ, Cancio e DíEZ, Gómez-Jara (Coordenadores). Buenos Aires, IBdeF Editorial. p. 393.

doutrinariamente a possibilidade e a necessidade de existência de dois “Direitos Penais”¹³⁴, um destinado à “pessoa/cidadão” – *Direito Penal do Cidadão*; e outro destinado a “não-pessoa/não-cidadão”, ou seja, ao inimigo – *Direito Penal do Inimigo*.

Nessa oportunidade Jakobs esboçou os fundamentos e as características do *Direito Penal do Inimigo* quando afirmou que a este não havia nenhuma alternativa, motivo pelo qual a ciência do Direito Penal teria a tarefa de “separar o que circula sobre o nome de direito penal, ou seja, submeter à discussão o complemento do direito penal através de um direito de combate do inimigo”.¹³⁵

Apesar de ter sido a primeira vez em que Jakobs legitimou o Direito Penal do Inimigo, não foi a única, pois não obstante todo o espanto causado e as diversas manifestações contrárias, o professor alemão publicou diversos outros textos onde aperfeiçoa sua teoria.¹³⁶

E é com base nesses documentos que poderemos fixar as características e os fundamentos do *Direito Penal do Inimigo*.

¹³⁴ Cumpre informar que a bipartição do Direito Penal não é algo novo, pois penalistas como o alemão Edmund Mezger já haviam realizado a teorização de dois (ou mais) Direitos: um para a generalidade (que na essência seguirão vigentes os princípios sempre existentes); e outro, completamente diferente, para grupos especiais de determinadas pessoas. In: GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.56, 2005. p.84. Entretanto, tal concepção foi elaborada para o regime nazista de Adolf Hitler e não para uma Alemanha democrática do século XXI.

¹³⁵ Tradução livre do autor referente ao seguinte trecho: “separar lo que circula bajo el nombre de derecho penal, es decir, someter a discusión el complemento del derecho penal a través um derecho de combate del enemigo”. In: JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio. Valência*: Tirant lo Blanch, 2004. p. 61.

¹³⁶ MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.; JAKOBS; Günther. *Terroristas como Personas en Derecho?* In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 77 e ss. e *Derecho Penal del Enemigo ¿Um estudio acerca de los Presupuestos de*

2.3 FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A forma como Jakobs monta o arcabouço teórico-filosófico do *Direito Penal do Inimigo* só se faz possível, nos exatos termos em que é apresentado, em virtude da sua peculiar concepção funcionalista do Direito Penal, motivo pelo qual se faz imprescindível uma incursão pelo pensamento desse professor.

Nas palavras do próprio Günther Jakobs “o funcionalismo¹³⁷ 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”¹³⁸, a partir dessa concepção, a sociedade não é entendida do ponto de vista da consciência individual (Hobbes até Kant), tampouco da visão aristotélica do Estado como conjunto, mas sim a partir da comunicação.¹³⁹

Na visão funcionalista, a sociedade é a construção de um contexto de comunicação, que pode se configurar de diversas formas, por se tratar de configuração, não de uma constatação, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, ou seja, pelas normas. A comunicação deve ser eficiente a ponto de manter essa configuração, vale dizer, manter a vigência da norma diante de modelos divergentes.¹⁴⁰

la juridicidad? In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.p. 93 e ss.

¹³⁷ Importante informar que apesar de Jakobs afirmar que a teoria dos sistemas de Luhmann tem algo de comum com o seu funcionalismo, nega categoricamente que suas considerações são conseqüências dessa teoria JAKOBS, Günther. Em *norma sociedade e pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, Manole, 2003. Entretanto, tal negativa é contestada por diversos autores.

¹³⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, Manole. 2003. p. 01.

¹³⁹.Ibidem, p. 02.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 11

Como o funcionalismo, considera funções aquelas prestações que sozinhas ou juntamente com outras mantêm um sistema¹⁴¹, o Direito Penal restabelece, através da imposição de pena, a comunicação, conseqüentemente a identidade da sociedade, pode-se afirmar que é impossível separar o Direito Penal da sociedade, já que aquele é essencial para a manutenção desta.

Nas palavras de Günther Jakobs:

Seja como for, a solução de um problema social por meio do Direito Penal tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é impossível separar o Direito Penal da sociedade; o Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente expressivo, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal. Por exemplo, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar piadas sobre o Führer ou por homicídio caracteriza, ambos, o Direito Penal e a sociedade.¹⁴²

Assim, âmbito funcionalista, quando ocorre um crime há uma falha na comunicação e um ataque à identidade social, imputados ao autor como culpa sua¹⁴³. Conseqüentemente, se faz necessária a intervenção do Direito Penal, que tem a função de restabelecer a comunicação e a identidade social, objetivos que atinge através da imposição da pena.

Logo, como não poderia deixar de ser, em conseqüência das peculiaridades de sua teoria funcionalista, a teoria da pena de Jakobs também é diferenciada.

¹⁴¹ Ibid., p. 03.

¹⁴² Ibid., p. 07.

¹⁴³ Ibid., p. 04.

Assim, Jakobs afirma que um feito penal não se caracteriza por lesões a bens jurídicos, mas sim por lesões à juridicidade¹⁴⁴, ou seja, quando ocorre um delito não é o bem jurídico que é atingido, mas sim a norma, especificamente, sua vigência.

Desse modo, podemos dizer que na teoria da pena jakobsiana o objeto da proteção penal é a identidade da sociedade, representada pela vigência da norma (manutenção da comunicação) e, quando se contradiz a norma pelo cometimento de um fato delitivo (falha na comunicação), o Direito Penal, através da imposição da pena, contradiz o infrator e reafirma a vigência da norma (restabelece a comunicação), mantendo a identidade social.

Assim escreve Jakobs:

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.(...)a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se da 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.¹⁴⁵

Apesar de considerar que a função aberta da pena é a manutenção da identidade social, Günther Jakobs admite que pode haver outras funções latentes,

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.] p. 56

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, Manole. 2003. p. 04.

não tão importantes, que são como uma direção de motivação, como a prevenção geral positiva, prevenção negativa e outras mais¹⁴⁶.

A separação entre as funções da pena em aberta (efeito confirmador) e latentes (efeitos preventivos) é de grande importância, pois cada uma das funções possui destinatários distintos.

O efeito confirmador se dirige a *personas*, ou seja, aos partícipes da comunicação “considerados como possuidores de disposição jurídica”, e mais, se dirige absolutamente a todas as pessoas. Sendo assim, o dano penal que se inflige ao autor não é para produzir medo, compaixão ou qualquer outro estado psíquico, mas traz apenas um significado, que é a afirmação da norma como comunicação válida.¹⁴⁷

De forma diversa ocorre com as funções latentes, de efeitos preventivos e intimidatórios, pois para Jakobs acostumar-se a ser fiel ao direito ou deixar-se intimidar, não são reações pessoais, haja vista que as pessoas não precisam de habitualidade ou intimidação, pois são participantes da comunicação, dotadas de disposição jurídica, somente se dirige mediante habitualidade e intimidação o carecedor, por si próprio, de disposição jurídica, ou seja, o indivíduo que se divide entre a apetência e a inapetência.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Idem. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.] p. 57.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 57

¹⁴⁸ Ibidem.

Desta forma, considera Jakobs que a pena determinada de forma jurídico-estatal é insuficiente em alguns casos, pois “não é só a norma que precisa de uma segurança cognitiva¹⁴⁹, mas também a pessoa”, ou seja, “junto da certeza de que a ninguém é permitido matar, deve-se dar, também, certa garantia cognitiva de que muito provavelmente ninguém vá matar”.¹⁵⁰

Assim, para que a norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta de acordo com a norma deve ser realmente esperada, pois sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esvai e se converte numa “promessa vazia”, já que “não oferece uma configuração social susceptível de ser vivida”¹⁵¹

Para ilustração, utiliza-se um exemplo que o próprio Jakobs chamou de “extremo”: quando há verdadeira possibilidade de ser vítima de um roubo ou de um homicídio em determinado parque, por mais que haja a certeza de estar em meu direito, não entrarei nesse parque sem necessidade, pois a norma, por si só, não garante minha integridade.¹⁵²

¹⁴⁹ O termo “segurança cognitiva” é essencial na teoria jakobsiana e é por ele tratado em diversos momentos, como por exemplo quando declara: “Sin cimentación cognitiva, incluso una norma fundamentada de modo óptmo no regirá más em la realidad social que um deseo no vinculante. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo ¿Um estudio acerca de los Presupuestos de la juridicidad?* In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p.99.

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.] p.58.

¹⁵¹ Idem. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 35.

¹⁵² JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 33.

E, ainda, considera que o apoio cognitivo, além de imprescindível, é uma prestação que os cidadãos devem levar a cabo, orientando-se cotidianamente com base no Direito.¹⁵³

Alguns trechos do próprio Jakobs são essenciais e auto-explicativos quanto à segurança cognitiva:

Sem embargo, a expectativa de um comportamento correto não pode ser mantida contrafaticamente de modo ilimitado; mas ainda: não deve ser mantida ilimitadamente, já que o Estado há de procurar uma vigência real do Direito, pelo que deve proceder contra os quebrantamentos do Direito cuja próxima comissão já se percebe.

Uma expectativa normativa dirigida até uma determinada pessoa perde sua capacidade de orientação quando carece de apoio cognitivo prestado por parte dessa pessoa.

[...] para ser real o Direito não só deve oferecer orientação aos potenciais autores senão também às potenciais vítimas; dito com um exemplo, em uma sociedade em que nenhuma pessoa ousa mover-se livremente por medo da delinqüência, o direito à liberdade de movimentos não é real, visto de qualquer maneira. Para poder fazer uso de seu direito a pessoa não só necessita de segurança normativa, vale dizer, a consciência de que exerce seu direito e de que, em caso de ser perturbada, esse fato se imputará ao perturbador e não a ela mesma como temeridade; pelo contrário, esta certeza normativa, se se pretende que verdadeiramente dirija a conduta, deve contar com um apoio cognitivo, dito de outro modo, não deve ser demasiada elevada a probabilidade de que se converta em vítima na ocasião do exercício de seus direitos¹⁵⁴

¹⁵³ JAKOBS, Günther. *Terroristas como Personas en Derecho?* ? In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 279.

¹⁵⁴ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 141 e ss.

Assim, para que o Direito surta efeitos se faz necessário que tanto a norma tenha uma segurança cognitiva (representada pela certeza de que se não for respeitada haverá sanção), quanto as pessoas (que devem dar a garantia mínima de que respeitarão a norma), pois de outra forma não é possível a comunicação e conseqüentemente, da vigência do Direito.

Nesse ponto, essencial o alerta de que Jakobs alterou mais uma vez sua formulação sobre a pena, buscando algo um pouco menos abstrato que a simples prevenção geral positiva, acrescentando à pena um novo elemento: a necessidade de se infligir ao delinqüente uma “dor penal”.

E essa “dor penal” não configura um novo fim para a pena, pois esse continua sendo a manutenção da vigência da norma, mas sim de um instrumento que atuará no delinqüente como uma garantia da segurança cognitiva, pois lhe demonstrará, voltado para o futuro, que o respeito às normas é mais vantajoso que a “dor penal”.

No seguinte trecho Jakobs, após anunciar a novidade, explica-a minuciosamente:

Agora, a contradição por si só não muda nada na situação de que o fato dá motivo para duvidar da imprescindível segurança cognitiva da vigência da norma; pois o fato mostra que há de se contar com a possibilidade de que a norma seja infringida. Se ao autor se inflige uma dor penal de tal intensidade que por causa da dor seu fato é geralmente considerado um fracasso, com isso fica claro que no futuro o apoio cognitivo da norma ao menos não será pior que antes do fato, esta manutenção do lado cognitivo da vigência da norma é o fim da pena, e em função de tal fim há que determiná-la, e é neste contexto

de fins não limitado ao abstrato, que de fato pela primeira vez fica esboçada a medida da pena.¹⁵⁵

Desse modo, impossível não perceber o desabrochar de um viés de prevenção geral negativa¹⁵⁶ no interior da doutrina da prevenção geral positiva de Jakobs, pois a necessidade de uma “dor penal” nada mais é do que uma forma de intimidação dos futuros delinqüentes através do medo da pena estatal. Essa constatação é realizada pelo próprio autor:

Nessa medida, parece que a prevenção geral positiva ao menos também implica na intimidação de autores potenciais, é dizer, prevenção geral negativa, só que não se fala dela diretamente, senão de seu efeito de produzir fidelidade à norma, e de seu reflexo na confiança da norma por parte de outros sujeitos. Dito de outro modo, se a pena mantém a confiança na norma, deve produzir medo ou convicção, e só nesse caso manterá a confiança na norma.¹⁵⁷

Percebe-se, portanto, a importância da segurança cognitiva na teoria da pena de Jakobs, tanto que essa foi incrementada, ganhando um novo elemento, para tornar essa garantia concreta e real, pois sem essa *cimentação cognitiva*, não há, para o professor de Bonn, que se falar em pessoa, pois impossível a comunicação ante a ausência de expectativa jurídica.¹⁵⁸

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 142 e ss.

¹⁵⁶ Importante a visão de Cancio MELIÁ: Dando um passo à frente até o *lado escuro* da prevenção especial se alcança o Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 60 e ss.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. P.148 e ss.

¹⁵⁸ “A expectativa jurídica de uma conduta pessoal perde seu caráter real, como cabe apreciar no fato de que já não se permite que possa produzir a suposição de uma potencial defraudação da

É assim que aparece a “não-pessoa” na teoria de Jakobs, sendo assim considerado aquele sujeito que não oferece uma segurança cognitiva de que vá se portar conforme as normas, pois para Jakobs quem quer ser tratado como *pessoa*, deve dar uma garantia que se comportará como tal e se essa garantia não é dada ou se é negada de modo expreso, o Direito Penal deixa de ser a reação da sociedade frente ao ato de um de seus membros – cidadãos - e converte-se em uma reação frente ao *inimigo*.¹⁵⁹

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais), em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e tráfico de drogas), ou principalmente, através de sua vinculação a uma organização (terrorismo, delinquência organizada, tráfico de drogas), ou seja, em qualquer caso, de uma forma duradoura abandona o direito, portanto, não dá a mínima garantia de seu comportamento pessoal.¹⁶⁰

É nesse ponto que o *inimigo* se separa do *ciudadão*, pois o cidadão quando comete um crime desautoriza a norma, põe em dúvida sua vigência, mas não desautoriza o sistema jurídico em si, que é prontamente restaurado com a imputação da pena. O *inimigo*, porém, não apenas desrespeita a norma, mas também põe em xeque todo o arcabouço jurídico, ou seja, o próprio sistema.

expectativa”. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 149.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.] p. 58

¹⁶⁰ JAKOBS, Günther. JAKOBS, Günther. *La Autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal ante los Desafíos del Presente*, Tradução de Teresa Manso Porto. In CONDE, Francisco. M. (Coordenador) *La Ciencia Del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*. P.59. e_____. *La Pena Estatal: Significado e Finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Editorial Aranzadi, SA. Navarra. 2006. P. 170 e ss.

Emprestamos um paralelismo utilizado pelo professor Xacobe Bastida Freixedo, onde podemos dizer, que se um jogador de futebol realiza uma entrada dura ou inclusive agride ao adversário é castigado com a expulsão, mas é readmitido depois de alguns jogos, pois se pressupõe que daí em diante ele seguirá as regras. Entretanto, se o jogador em questão saca uma navalha e desfere punhaladas no árbitro, sua ação dá lugar à expulsão vitalícia, pois com seu comportamento não infringiu apenas uma norma, mas mostrou que não domina as regras do código futebolístico¹⁶¹.

Voltando-se para as funções da pena, a função aberta (efeito confirmador da norma) não gera qualquer efeito frente ao *inimigo*, restando para ele apenas as funções latentes (preventivas) no sentido de neutralizá-lo, pois não há qualquer garantia de que vá, futuramente, independente da “dor penal” que se lhe imponha, portar-se conforme o direito.

Nas palavras de Günther Jakobs:

[...] o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a que se combate por sua periculosidade.¹⁶²

¹⁶¹ FREIXEDO, Xacobe B. *Em derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliáe Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p. 279.

¹⁶² JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 37.

Assim, o *Direito Penal do Inimigo* segue regras distintas do Direito Penal do Cidadão, inclusive com destinatários¹⁶³ e funções diferentes.

Outrossim, as características do Direito Penal do Inimigo são bem particulares e conforme apontadas por Jakobs são: 1-Adiantamento da punibilidade; 2- falta de uma redução da pena em virtude do referido adiantamento; 3- Passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de luta; 4- supressão de garantias processuais.^{164 165}

Agindo com estes instrumentos, a saber: o adiantamento da punibilidade, penas mais severas, limitação de garantias processuais – o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.¹⁶⁶

Sendo assim, conforme afirma Xacobe Batista “o cidadão que delinqüe fala mal nossa língua e, em conseqüência, o Direito tenta ensiná-lo o uso correto reafirmando a validade do padrão ortográfico que usa a maioria”¹⁶⁷, em compensação, o inimigo “fala outro idioma e, ainda, dá mostras de não querer aprender o nosso”¹⁶⁸.

¹⁶³ Diz Jakobs: “[...] tampouco basta para a constituição de uma pessoa no Direito, de um cidadão, postular um destinatário para deveres e direitos ou, inclusive, limitar-se a pensá-lo; pelo contrário, é necessário que esse destinatário realmente possibilite orientar-se com ele como pessoa em Direito.” In JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 168 e ss.

¹⁶⁴ Idem. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.] p. 59.

¹⁶⁵ Cancio Meliá adiciona a estas características a “função de identificação (mediante exclusão) de uma categoria de sujeitos como inimigos, e a correspondente orientação ao Direito penal do autor da regulação”. In JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 67. e ss.

¹⁶⁶ JAKOBS, loc. cit.

¹⁶⁷ FREIXEDO, Xacobe B. *Em derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p. 393, 280.

¹⁶⁸ FREIXEDO, loc. cit..

E é nesse sentido que Jakobs, peremptoriamente, afirma que ao inimigo não se comunica nada, simplesmente se combate por sua periculosidade¹⁶⁹.

Assim, o Direito Penal do Inimigo se aparta dos fins ordinários do Direito Penal, sejam eles a reafirmação do ordenamento jurídico nos termos da teoria da prevenção geral positiva, da prevenção geral de intimidação e da prevenção especial reabilitadora ou de reinserção social. Trata-se, muito mais, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria sua exclusão ou inocuidade. Em outras palavras, não se trata de conservação ou manutenção da ordem, mas sim da produção de condições suportáveis por meio das quais sejam eliminados todos os que não oferecem garantia mínima de seu comportamento para ser tratado como pessoa.¹⁷⁰

Desse modo, a pedra angular do Direito Penal do Inimigo e seu centro de gravidade é a separação dos seres humanos entre pessoas e não-pessoas ou entre cidadãos e inimigos, o que implica necessariamente em reconhecer que para Jakobs a personalidade não é algo dado pela natureza, mas sim uma atribuição normativa.

O seguinte trecho do espanhol Miguel Polaino-Orts, pupilo de Jakobs, demonstra bem essa sistemática do surgimento do inimigo:

Sem embargo, quando o sujeito não aporta a garantia mínima de que vá se comportar como “pessoa no Direito” se despersonaliza e se autoexclui do sistema social, questionando a vigência do Direito de maneira mais ou menos duradoura, não reconhecendo as normas

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 37

¹⁷⁰ MARTÍN, Luis Gracia. Em *Derecho Penal del Enemigo- El Discurso Penal de la Exclusión*. MELIÁ, Cancio e DÍEZ, Gómez-Jara (Coordenadores). Buenos Aires, IBDeF Editorial. 2006. P. 280.

básicas da estrutura social. A este *status*, e a esse tratamento legal, alude Jakobs com a denominação de “inimigo”. Em tal caso, o sujeito passa a ser tratado pelo Direito mais como uma fonte de perigo do que como um sujeito que comete um deslize reparável. A função que representa a pena neste caso não é um mero cometimento simbólico, senão que tem como objeto eliminar o perigo. O mesmo Jakobs utiliza o exemplo de um sobrinho que mata seu tio para acelerar a herança. Em tal suposição, trata-se, sem dúvida, de um interesse penalmente protegido, mas o delito “não apreze com princípio do fim de uma comunidade ordenada, senão somente como irritação desta, como deslize reparável”. Frente ao caso do sobrinho, outras formas de criminalidade (terrorismo, associações criminais, violadores multireincidentes, maltratadores familiares e etc.) não só lesionam bem jurídicos individuais, mas perturbam a convivência social.¹⁷¹

Jakobs ainda afirma que o número de inimigos vai sempre crescer, pois uma sociedade que perdeu o respaldo tanto de uma religião conforme o Estado, como da família e onde a nacionalidade é entendida como uma característica incidental, concede ao indivíduo um grande número de possibilidades de construir sua identidade à margem do Direito.¹⁷²

Adverte, ainda, que como a sociedade continuará tendo inimigos não pode deixar de lado essa problemática da falta de segurança cognitiva, tampouco poderá solucioná-la com medidas policiais, de modo que não existe atualmente para o problema qualquer alternativa ao Direito Penal do Inimigo.

Importante, nesse momento, destacar que Jakobs não sustenta por si só o Direito Penal do Inimigo, pois se socorre do que chamou de “Filósofos da Idade

¹⁷¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*. Peru: Jurídica Grijley, 2006. p.110.

¹⁷² JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.] p. 60.

Moderna”¹⁷³, citando Hobbes, Rousseau, Fichte e Kant, na tentativa de fundamentar a existência do inimigo e seu tratamento “especial”,

É por todo o exposto, que a comunidade acadêmica ficou tão surpresa quando em 1999 Jakobs deixou de criticar o *Direito Penal do Inimigo* e passou a fundamentá-lo, pois não houve uma simples mudança de opinião, mas sim se desenvolveu toda uma teoria que, por suas peculiaridades, parece andar na contramão da história do Direito Penal, da Filosofia, do Estado, da Cidadania, enfim, na contramão da evolução humana.

2.4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.

O professor espanhol Jesús-María Silva Sanchez, em uma conceituada monografia onde analisa os aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, trabalha o conceito do que chamou de “A Expansão do Direito Penal”, apresentada como uma tendência dominante nas legislações modernas, caracterizada pela introdução de novos tipos penais, agravamento dos tipos já existentes, criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.¹⁷⁴

¹⁷³ Diz Jakobs: “...a filosofia da Idade Moderna ensina o suficiente para, pelo menos, estar em condições de abordar o problema”.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luís Otávio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 21.

Como exemplo dessa “tendência”¹⁷⁵, que se contrapõe a percepção de um Direito Penal Mínimo de caráter ultraliberal, Jesús Maria Sanchez aponta o Código Penal Espanhol de 1995, que em sua exposição de motivos alude à “uma antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa”¹⁷⁶.

Sustenta, assim, que há um “espaço razoável”¹⁷⁷ para a expansão do Direito Penal, mas aplicável tão somente para os crimes que não fossem punidos com penas privativas de liberdade.

Assim, propõe que o Direito Penal teria duas velocidades: A Primeira Velocidade seria referente aos crimes punidos com penas corporais, onde não haveria qualquer flexibilização dos Institutos clássicos do Direito Penal Liberal; e a Segunda Velocidade seria destinada aos crimes punidos com penas pecuniárias e/ou restritivas de liberdade, onde poderia ocorrer uma flexibilização das regras de imputação e demais institutos jurídicos jurídico-penais¹⁷⁸.

Para ilustração trazemos trecho da referida obra:

Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e

¹⁷⁵ Entre as principais causas dessa “expansão”, Silva Sánchez aponta, por exemplo, o aparecimento de “novos interesses”, “o efetivo aparecimento de novos riscos” “A institucionalização da Insegurança”; “A Sensação Social de Insegurança”; “A Configuração de Uma Sociedade de Sujeitos Passivos”, “Identificação da Maioria com a Vítima do Delito” “O Descrédito de Outras Instâncias de Proteção”, “A Atitude da Esquerda Política” e “O Gerencialismo”(chamada “justiça negociada”, passando desde acordos entre réus e promotorias até o acordo entre autor e vítima¹⁷⁵) SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luis Otávio O. Rocha. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. Passim.

¹⁷⁶ SANCHEZ, Jesús Maria Silva.op. cit.,. p. 22.

¹⁷⁷ Ibidem., p. 147.

a coexistência, portanto, de “vários Direitos Penais distintos”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa. Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão. Isso tem duas conseqüências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais se têm flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.¹⁷⁹

Quanto ao “Direito Penal do Inimigo”, por suas características e forma de apresentação, Sanchez o classificou como uma “Terceira Velocidade do Direito Penal”, pois tem como características, além da incriminação prévia à lesão do bem-jurídico, a flexibilização das garantias e das regras de imputação em crimes punidos com penas privativas de liberdade. Entretanto, apesar de admiti-lo, não deixou de apontar o seu caráter subsidiário e emergencial.¹⁸⁰

Outro professor espanhol, Manoel Cancio Meliá, concorda que o *Direito Penal do Inimigo* faz parte do movimento de “expansão” do Direito Penal.

Entretanto, esse autor é mais preciso e especifica que o Direito Penal do Inimigo, sem abandonar o contexto expansivo, é resultado de dois fenômenos distintos: O Direito Penal Simbólico e o Ressurgir do Punitivismo.

¹⁷⁸ Ibidem. 142.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 143.

¹⁸⁰ Ibidem. p. 150.

Para Cancio Meliá o Direito Penal Simbólico¹⁸¹ empresta ao Direito Penal do Inimigo a “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”¹⁸², que somada ao Clima Punitivista, representado pela atual tendência de criminalização¹⁸³ “à moda antiga”¹⁸⁴, onde criam-se novas normas penais e exacerbam as já existentes, cria-se o *Direito Penal do Inimigo*.

Trazemos à colação trecho da obra de Cancio Meliá que sintetiza sua construção teórica:

Dito com toda brevidade: o Direito penal simbólico não só identifica um determinado “fato”, mas também (ou:sobretudo) um específico tipo de autor, que é 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”, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do “outro”. 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

¹⁸¹ Importante acrescentar a opinião de Eduardo Demétrio Crespo que, no mesmo sentido de Silva Sanchez, pensa ser o Direito Penal do Inimigo consequência do uso simbólico do Direito Penal. Porém, acrescenta ainda como causa a crise do Estado Social. CRESPO, Eduardo Demétrio. *Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”*. In: BRITO, Alexis Augusto de Couto; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 44.

¹⁸² JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 59.

¹⁸³ O autor aponta que o atual “clima punitivista” com o incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político criminal não encontra precedentes, ocorrendo, inclusive, mudanças nas tradicionais coordenadas políticas: esquerda política-demandas de descriminalização/ direita políticas-demandas de criminalização. Salienta o autor que há na esquerda política uma linha que descobre as políticas de neocriminalização, especificamente de esquerda: delitos de discriminação, delitos nos quais as vítimas são mulheres maltratadas e etc. Mas, há também, para o autor, a descoberta da esquerda política da rentabilidade do discurso da *Law and Order*, antes monopolizado pela direita política. In: SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luis Otávio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 61 e 62.

¹⁸⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 60.

em questão já está apenada. Portanto, o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal.¹⁸⁵

Por fim, o Direito Penal do Inimigo também é inserido no âmbito do “expansionismo”, principalmente pelas suas características, pelo professor Luis Gracia Martín, ao afirmar que:

Em realidade, esse denominado Direito penal do inimigo se separaria dos fins ordinários do Direito penal, isto é, da reafirmação do ordenamento jurídico ou da norma infringida conforme a ideologia da atualmente chamada prevenção geral positiva, da prevenção geral e da prevenção especial reabilitadora ou de inserção social. Tratar-se-ia, isso sim, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo cujo único fim seria sua exclusão ou inocuização. Nela se renunciaria às garantias materiais e processuais do Direito penal da normalidade. E na medida em que semelhantes regulações implicam a introdução de novas figuras delitivas, a ampliação das existentes, o adiantamento das barreiras de proteção de bens jurídicos e também uma agravação às vezes desproporcional das penas, não há dúvidas acerca de sua inclusão no corpus do Direito penal moderno.¹⁸⁶

Assim, para esses professores, o Direito Penal do Inimigo é percebido como fruto do processo expansivo do Direito Penal, que tem contagiado as legislações penais do ocidente e causado grande preocupação.

Essa preocupação é legítima, pois há uma crença despropositada de que o Direito Penal é a panacéia para todos os problemas de segurança. Utilizar o Direito

¹⁸⁵.Ibidem. p. 65.

¹⁸⁶ MARTÍN, Luis Gracia. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 88 e ss.

Penal nesse sentido é desconsiderar as reais causas dos problemas surgidos na complexidade das relações sociais, fixando-se apenas em seus efeitos.

3- ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

O *Direito Penal do Inimigo*, em sua configuração atual, é um conceito muito abrangente e complexo que comporta diversas formas de abordagem.

A análise que se pretende realizar nesse tópico se concentrará no embasamento filosófico utilizado por Jakobs para levar a cabo a distinção entre “pessoa” e “não pessoa”; ou “cidadão” e “inimigo”.

Para fundamentar essa dicotomia Jakobs se utilizou de quatro autores que chamou de “filósofos da modernidade”: Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, muito embora o tema também tenha sido tratado por outros pensadores.

Iniciaremos o estudo por uma breve demonstração do pensamento de filósofos, que em suas épocas, trataram do tema; entretanto, não há a pretensão de abarcar todos os autores e analisar em profundidade suas idéias, mas apenas, o intuito de demonstrar que essa proposta, em vários momentos, esteve presente no pensamento humano.

Em seguida, nos fixaremos nos autores utilizados por Jakobs, sem obedecer a uma ordem cronológica, mas sim à ordem em que foram apresentados pelo professor Alemão.

3.1 AUTORES ANTERIORES À MODERNIDADE.

3.1.1- Protágoras

Antes mesmo de Sócrates, entre os pensadores sofistas já era possível identificar teorias que consideravam o delinqüente como um “inimigo”¹⁸⁷, embora não houvesse a utilização específica deste termo bélico.

No diálogo “Protágoras”, Sócrates questiona ao sofista a razão pela qual os atenienses quando tratam de questões de arquitetura ou navegação só aceitam as opiniões dos técnicos no assunto, enquanto que, quando tratam de questões políticas qualquer pessoa se considera capaz de emitir sua opinião sem ter conhecimentos específicos ou qualquer ensinamento.¹⁸⁸

Protágoras responde com o “Mito de Prometeu”, dizendo que enquanto os animais são especializados e receberam da Natureza o necessário para sua existência, o homem, por sua vez, é um ser “defeituoso”, que não tem proteção natural e nem armas.

E assim era, pois, de acordo com o mito, quando Prometeu criou os homens, apesar de ter-lhes dado o dom da técnica do fogo, que lhes permitia sobreviver, não havia lhes dado a arte da política, motivo pelo qual os homens não conseguiam, em princípio, constituir associações.

¹⁸⁷ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

¹⁸⁸ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005 p.11.

Então, para salvá-los da destruição total, Zeus (ou Júpiter) lhes enviou por meio de Hermes (ou Mercúrio), o respeito e o Direito¹⁸⁹, que foram igualmente repartidos entre os homens.

Desse modo, em posse desses dons, nunca poderiam existir comunidades humanas se não participassem todos em igual medida do respeito e do Direito, e “quem não tem capacidade para isso deve ser extirpado como um tumor do corpo social”.¹⁹⁰

Luis Gracia Martin afirma, ainda, que, apesar de Protágoras negar qualquer sentido retributivo ao castigo, atribuindo-lhe apenas finalidades pedagógicas e dissuasórias, àquele que fosse considerado um “incurável”, o sofista propõe que o castigo se distancie de seus fins “ordinários de dissuasão e educação e que, a exemplo dos atuais postulados do Direito Penal do Inimigo, se oriente apenas à neutralização ou inocuização do delinqüente”¹⁹¹

3.1.2 - Anônimo de Jâmblico

Seguindo a linha de Protágoras, um sofista desconhecido, o Anônimo de Jâmblico, considerava que somente a submissão à lei e ao estado de legalidade possibilitavam a vida em comum.

¹⁸⁹ Na obra de WELZEL (2005, p. 12) encontramos os termos “respeito” e “o direito”, entretanto na obra de GRACIA MARTÍN (2007; p 95) encontramos os termos “moral” e “justiça”.

¹⁹⁰ Tradução livre do seguinte trecho retirado de WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005: “...quien no tiene capacidad para ello debe ser extirpado como um tumor del cuerpo social”. No mesmo sentido. AMBOS, Kai. *Derecho penal del enemigo*. . In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 120.

¹⁹¹ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

Tal pensador asseverava que: “Como os homens não estão em situação de viver por si ilhados, mas sim obedecendo à necessidade, tiveram que se unir em comunidades”¹⁹² e segue: “e como viver em comunidade sem leis se tornou impossível [...], dominam majestosamente a lei e o Direito [...]”¹⁹³

Assim, para esse sofista o estado de legalidade é o estado dos bens supremos¹⁹⁴, pois “uma legalidade devidamente estabelecida origina a confiança que produz grandes benefícios para toda a coletividade”¹⁹⁵

Do contrário, para seu pensamento, em um estado de ilegalidade, “reinem a desconfiança e o risco permanente”, fazendo com que os homens experimentem o temor e o medo.¹⁹⁶

Por essa razão, “os homens não são capazes de viver sem leis e justiça”¹⁹⁷ e quem não se submete à lei é, mais frequentemente, alvo da guerra, do que aquele que se conduz pela “reta legalidade”¹⁹⁸

¹⁹² Anônimo de Jamblico *Apud* WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005. p. 13.

¹⁹³ *Ibidem.*

¹⁹⁴ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

¹⁹⁵ Anônimo de Jamblico *Apud* MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

¹⁹⁶ *Ibidem.* p. 97.

¹⁹⁷ Anônimo de Jamblico *Apud* MARTIN, Luis Gracia. *op. cit.*, p. 97.

¹⁹⁸ MARTIN, Luis Gracia. *op. cit.*, p. 97.

3.1.3 - São Tomás de Aquino

Na filosofia Tomista, de forma indireta, também podemos encontrar elementos que apontem para uma possível admissão da exclusão do seio da comunidade, aqueles que a essa não se submetiam.

Quando Hans Welzel explica o pensamento de São Tomás de Aquino diz, que para esse pensador o homem possui uma inclinação característica, do conhecimento da verdade e da vida em comunidade, motivo pelo qual “é por natureza um ser social e político, *naturaliter animal sociale et politicum*, que não se basta a si mesmo para subsistir, e que, por esse motivo, esta destinado, por natureza, à amizade com outros homens: *homo hominis amicus et familiaris*”¹⁹⁹.

É possível identificarmos nesse pensador, como na atual doutrina do *Direito Penal do Inimigo*, a exigência da “garantia cognitiva”, conforme se extraí desse comentário de Welzel sobre a obra de São Tomás:

A estas inclinações da natureza racional do homem respondem os imperativos de buscar e de dizer a verdade – já que só se pode viver em comunidade com aquele cuja palavra se pode confiar -, e o imperativo de não ofender aos demais semelhantes.²⁰⁰

¹⁹⁹ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005. p. 77. As frases estão em latim no original pois foram extraídas da Suma Teológica: II, 2, qu. 109, 3 ad 1; 114, 2 ad 1; 129, 6 e da Suma Contra os Gentils, II, 117, 125; IV, 54.

²⁰⁰ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005. p. 77. No texto de Welzel há citação dos seguintes trechos da Suma Teológica: II, 2, qu. 109, 3 e II, 1, qu. 94, 2.

Como última consideração, frisa-se que São Tomas de Aquino considerava que nem todos os homens livres tinham a dignidade, mas somente o homem virtuoso, motivo pelo qual o pecador poderia ser morto como um animal (*velut bestia*), mas esse direito de matar só pertencia ao Estado.²⁰¹

É lógico que nenhum desses pensadores tratou diretamente do Direito Penal, mas sim de questões mais abrangentes como a vida em sociedade, a submissão às leis, o poder Estatal, o pecado, a dignidade, etc.

Porém, ao transferirmos essas idéias para o campo do Direito Público, especificamente do Direito Penal, podemos visualizar que a possibilidade de exclusão de alguns seres humanos de seu *status* (seja de cidadão ou de homem virtuoso), seja lá qual for o motivo (o crime ou o pecado), não as ofenderia.

Não obstante a importância do pensamento desses autores, que certamente são do conhecimento de Günther Jakobs e poderiam permitir uma mais sólida construção evolutiva e progressiva do seu conceito de *Direito Penal do Inimigo*, o professor alemão preferiu não utilizá-los, julgando que “a filosofia da Idade Moderna ensina o suficiente”²⁰² para a questão.

²⁰¹ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005. p.188. Suma Teologica, II, 2, qu. 64, 2.

²⁰² JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 24.

3.2. - AUTORES DA MODERNIDADE

A filosofia da Idade Moderna, trata o tema da exclusão de pessoas de seus *status* de forma mais profunda e elaborada que os pensadores pré-modernos. E isso se dá, talvez, pelo fato de já haver uma teoria do Estado mais desenvolvida, “parecendo inclusive antecipar os atuais fundamentos teóricos propostos pelos partidários do Direito Penal do Inimigo”²⁰³

E tanto é assim que Jakobs, antes de iniciar sua incursão sobre tais autores adverte:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinqüente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica.²⁰⁴

3.2.1 - Rousseau

Não obstante a importância do pensamento de Jean-Jacques Rousseau, ainda mais para quem quer se utilizar da teoria do contrato social, Jakobs não dispensou a esse autor mais que a meia dúzia de linhas abaixo transcritas:

²⁰³ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

²⁰⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 25.

[...] afirma Rousseau que qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ‘ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.’²⁰⁵

Mas, tão pouca atenção se justifica, pois Jakobs declara que a concepção de Rousseau, assim como a de Fichte, é muito radical ao considerar todo delinqüente um inimigo e afirma que não as seguirá, “pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”²⁰⁶.

Jakobs defende que em princípio, o ordenamento jurídico deve manter o criminoso dentro do Direito, por três razões: primeiro porque o criminoso tem o direito de ajustar-se com a sociedade; segundo porque tem o dever de proceder à reparação; terceiro porque não pode o delinqüente, per si, despedir-se arbitrariamente da sociedade.²⁰⁷

Em suma, o professor de Bonn considera, que para Rousseau qualquer delito significa um ataque ao contrato social (“direito social”), portanto, que todo delinqüente é um inimigo.

Entretanto, humildemente, nos parece que a leitura realizada por Jakobs sobre as idéias de Rousseau não foi das mais corretas, pois quando Rousseau fala do “direito social” não está se referindo a qualquer norma jurídica, mas sim àquelas

²⁰⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 26.

²⁰⁶ Ibidem., p. 26.

²⁰⁷ Ibidem., p. 27.

cláusulas do contrato que dão origem à sociedade e garantem a existência desta²⁰⁸, e somente o “ataque” a estas normas fundamentais é que justificaria a exclusão do cidadão.

O professor Xacobe Batisda Freixedo, ao comentar a questão afirma que “seria ridículo que (para Rousseau) toda infração levasse em seu bojo uma consequência tão extrema, aqui Jakobs faz uma leitura demasiado literal e *pro domo sua*”²⁰⁹

O juiz e professor espanhol Carlos Perez Del Valle segue a mesma linha e nega tal radicalismo do filósofo francês ao comentar que “é evidente que Rousseau não se refere a qualquer delinqüente quando alude a pena de morte ou exílio”²¹⁰, pois em obra anterior “já havia mencionado uma certa escala de proporção”²¹¹, na qual ao assassino se dava a morte e a ao ladrão a perda da liberdade²¹².

Ademais, o Perez Del Valle aprofunda a análise e conclui que Rousseau não considera todo ato criminoso como uma lesão ao contrato social, mas apenas os crimes mais graves, especificamente aqueles que mereçam como pena a morte ou o desterro.²¹³

O doutrinador Eugênio Raul Zaffaroni também considera que a posição de Rousseau não é tão radical quanto faz parecer Jakobs e que de seus textos não

²⁰⁸ FREIXEDO, Xacobe B. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p. 283.

²⁰⁹ Ibidem..

²¹⁰ VALLE, Carlos Perez Del. *Sobre los orígenes del “derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.75, 2001. p. 599.*

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem. p. 605.

surge qualquer evidência de que todos os delinqüentes devessem ser considerados inimigos²¹⁴.

Além disso, o professor argentino também afirma que Rousseau é contraditório, pois num momento aponta como inimigo não a qualquer delinqüente, mas somente aos assassinos²¹⁵; depois só admite que se mate quem represente necessariamente um perigo²¹⁶, como se não bastasse; por fim, afirma que o Estado só pode ter como inimigo um outro Estado, nunca uma pessoa^{217 218}.

Dessa forma, nos parece que Zaffaroni tem razão ao declarar esse caráter contraditório, pois há uma passagem na obra de Rousseau que demonstra que nem o “estranho” infrator deve sempre ser considerado inimigo, mas apenas em casos de guerra, mesmo em caso de guerra, o inimigo nem sempre deve ser sempre morto:

O estranho que furta, mata ou prende os vassalos sem declarar guerra ao príncipe, ou rei, ou particular, ou povo, não é um inimigo, mas um ladrão. [...]. Sendo o alvo da guerra a destruição do país contrário, há direito de matar os inimigos, enquanto tiverem nas mãos as armas; tão logo as depõem e se rendem, cessam de ser inimigos, ou instrumentos

²¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 122.

²¹⁵ “...todo malfeitor, quando insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão. Os processos e a sentença são as provas e declaração de que ele violou o tratado social, e já não é por conseguinte membro do Estado.” In: ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit., p. 43.

²¹⁶ “Não há algum mal que não possa se tornar útil à sociedade? Logo não há direito de suplicar, mesmo para exemplo, salvo aquele cuja existência é perigosa a seus cidadãos” ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit., p. 43.

²¹⁷ “A guerra não é pois uma relação de homens, porém de Estado com Estado; só acidentalmente nela são inimigos os particulares, não como homens ou mesmo cidadãos, mas como soldados... Todo Estado, enfim, só pode ter por inimigo outros Estados, e não homens, visto que entre coisas de diversa natureza não há verdadeira relação”. ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. op. cit., p. 43.

²¹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit., p. 122.

do inimigo, tornando-se meramente homens, e já não se tem o direito sobre a sua vida²¹⁹

Sendo assim, não parece que fosse necessário que Jakobs excluísse prontamente Rousseau por sua radicalidade, mesmo porque, com um olhar um pouco mais atento, pode-se perceber que Rousseau considerava possível uma forma de exclusão do ser humano de seu *status* de pessoa/cidadão bem parecida com a atual proposição de Jakobs, apenas com nomenclaturas diferentes, conforme se depreende do seguinte trecho do artigo de Carlos Perez Del Valle:

Quando Rousseau caracteriza o delinquente como inimigo que já não é pessoa moral destaca, precisamente, sua exclusão como tal pessoa moral; e ao fazer menção do estado de guerra, expressa em realidade um símbolo do regresso ao momento imediatamente anterior ao pacto social: a exclusão significa que o indivíduo é só um homem; já não é pessoa moral – nem cidadão nem súdito – tal como corresponde ao indivíduo do estado civil. O ponto que determina a exclusão do sujeito é a comissão do crime; de um delito que mereça a morte como pena ou, em todo caso, o desterro quando o autor confessa sua culpa²²⁰

Assim, não obstante a inegável contradição, não se acredita que Jakobs agiu com acerto ao interpretar que para Rousseau todo crime representasse um ataque ao “direito social”, conseqüentemente, que todo “malfeitor” devesse ser visto como inimigo.

²¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 27.

²²⁰ VALLE, Carlos Perez Del. *Sobre los origenes del “derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.75, 2001. p. 605.*

Apesar de tudo, não podemos, de modo algum, dizer que Jakobs não conhecia profundamente ou que se equivocou a respeito da filosofia de Rousseau, mas, apenas que realizou uma abordagem demasiadamente simples ao tentar extrair todo o seu pensamento de um único parágrafo.

3.2.2 - Fichte

Como se não bastasse a displicência com que trata a filosofia de Rousseau, Jakobs repete a dose com o filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte ao tentar extrair de um pequeno trecho de sua obra um paradigma que representasse a totalidade de suas idéias.

Jakobs sustenta que Fichte argumenta de maneira similar a Rousseau, no sentido de justificar essa comparação, traz a seguinte passagem do filósofo alemão:

[...]quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direito.²²¹

Porém, o próprio Jakobs relativiza a “radicalidade” de Fichte ao afirmar que o filósofo “atenua tal morte civil (exclusão do contrato), como regra geral mediante a

²²¹ FICHTE, Johann Gottlieb; *Apud* JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

construção de um contrato de penitência”²²², mas não no caso de “assassinato intencional e premeditado”²²³, onde se mantém a privação de direitos e considera-se que “a execução do criminoso “não é uma pena, mas só instrumento de segurança”²²⁴.

Ora, apesar de Jakobs não explicar o conceito, percebe-se que para Fichte não são todos os delinquentes que deveriam ser tratados como inimigos, mas tão somente os autores de assassinato intencional e premeditado e aqueles criminosos irrecuperáveis, em relação aos quais, se condenados “se declara que é uma coisa, uma peça de gado”²²⁵.

Sendo assim, como para Rousseau, parece que ao filósofo alemão somente pode-se falar em ruptura do contrato quando ocorre a transgressão da cláusula que estabelece a conservação dos contratantes²²⁶, ou seja, uma cláusula fundamental e não um simples ato delitivo.

Isso, pois, Fichte raciocinava, na forma de tese e antítese e embora afirmasse em sua tese que todo delinquentes rompe com o contrato e passa a figurar como inimigo, em sua antítese sustentava que nesse momento de “rompimento” surgia um novo contrato, que chamou de contrato de expiação²²⁷, o qual faz nascer para o delinquentes o direito de exigir a pena suficiente para garantir a segurança pública, de

²²² FICHTE, Johann Gottlieb; *Apud* JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ FREIXEDO, Xacobe B. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p. 284.

²²⁷ Na obra de Jakobs a tradução aparece como “penitência”.

forma que a exclusão somente era aceita se essa expiação fosse insuficiente, pois Fichte acreditava que o delinqüente tinha o direito melhorar.²²⁸

Ademais, nem mesmo o assassino premeditado e intencional mereceria sempre a exclusão, pois para Fichte se existissem pessoas que, de forma voluntária e em condições que garantissem a segurança dos demais cidadãos, estivessem dispostas a assumir o risco de tentar corrigir o assassino, estes lhes deveriam ser entregues²²⁹, conforme segue:

O único crime contra o qual o esforço por melhorar o criminoso não tem lugar já, contra o qual, portanto, deve-se proceder sem maior dilação à exclusão absoluta, é o assassinato intencional e premeditado (distinto daquele que resultaria casualmente de outra violência). O fundamento disso é o seguinte: há que se cuidar daquele que cometeu um homicídio porque pode matar de novo. O Estado, porém, não pode obrigar ninguém a por sua vida em perigo. Não poderia, portanto, obrigar ninguém a se encarregar da vigilância de um assassino que, certamente, para poder corrigir-se, teria que ter uma certa liberdade; e ainda menos poderia obrigar os demais reclusos, para corrigir-se, suportar entre eles um assassino.”(..)”Eu disse: o Estado não tem nenhum direito de forçar ninguém a pôr sua vida em perigo. Porém, cada um tem o direito de pô-la em perigo voluntariamente. Se, então, forem encontradas sociedades e fundações caritativas que quiserem assumir todos os perigos e atreverem-se a corrigir o assassino, o Estado teria de dar essa permissão, com a única reserva de que as celas dos assassinos sejam preparadas de maneira que sua evasão seja inviável.²³⁰

²²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 123.

²²⁹ *Ibidem*. p. 124.

²³⁰ FICHTE, Johann Gottlieb *Apud* ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 124.

Daí, outra vez, percebe-se que Jakobs não deu a devida importância ao pensamento de Fichte e deixou de se utilizar de uma filosofia que o ajudaria na sua construção teórica, principalmente por ter pontos em comum, tais como: a *exigência da segurança cognitiva*, pois Fichte exclui o assassino premeditado do contrato por acreditar que ele pode voltar a matar (ausência de segurança cognitiva), e a função de *inocuidade do inimigo* (prevenção especial), pois assim como Jakobs, Fichte considera que a execução do criminoso (somente dos assassinos e irrecuperáveis) “não é uma pena, mas só instrumento de segurança”²³¹

3.2.3 - Hobbes

De forma oposta ao modo como procedeu com Fichte e Rousseau, ou seja, negando utilidade às suas doutrinas, Günther Jakobs se apóia na filosofia Kantiana e Hobessiana para sustentar sua teoria.

Todavia, antes de qualquer análise do pensamento do filósofo inglês, é preciso termos em mente que Jakobs considera que Hobbes “é, também, um teórico do contrato social, mas materialmente, é preferentemente, um filósofo das instituições”²³²

Nessa linha, o professor alemão considera que o contrato de submissão, exercida por meio da violência, pensado por Hobbes não deve ser entendido

²³¹ FICHTE, Johann Gottlieb *Apud* JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 26.

²³² JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 27.

especificamente como um contrato, mas como uma metáfora de que os cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização²³³.

Desse modo, na leitura de Jakobs, Hobbes manteria o delinqüente em sua função de cidadão, pois não seria possível que ele eliminasse por si mesmo este *status*. Entretanto, o mesmo não ocorreria quando se tratasse de rebelião ou de um crime de alta traição, pois a natureza desse crime estaria na rescisão da submissão, e aqueles que o praticassem deveriam ser castigados como inimigos e não como súditos²³⁴.

Jakobs afirma ainda que o Direito Penal do Inimigo é admitido por Hobbes em virtude do direito que os cidadãos têm de exigir que o Estado tome providências para garantir suas seguranças, sendo esse, inclusive, o fim da obediência.

Nesse sentido:

Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis oboedientiae est protectio*²³⁵

²³³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 27.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*. p. 29.

Por fim, após realizar as considerações acima descritas, Günther Jakobs afirma que, para o filósofo inglês, não são todos os súditos que gozam dessa segurança, pois, “neste direito à segurança, não se encontra contido, em Hobbes, o réu de alta traição...”

Dessas proposições, Jakobs conclui que Hobbes admite a existência de dois Direitos Penais: Direito Penal do Cidadão – “contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio” e *Direito Penal do Inimigo* – “contra quem se desvia por princípio”²³⁶, entretanto, sem excluir do *status* de cidadão (súdito) todo e qualquer criminoso, mas apenas o que atrapalha a organização estatal.

Assim, a partir desse ponto, é fácil constatar que Hobbes é extremamente importante para a teoria de Jakobs, pois, diferentemente dos autores anteriormente tratados, difere nitidamente os criminosos que deveriam perder o *status* de cidadão e, conseqüentemente, serem excluídos do contrato de submissão – inimigos – daqueles que apenas receberiam penas e continuariam a figurar no contrato – os cidadãos.²³⁷

Desse modo, imperativa se faz a análise um pouco mais atenta do pensamento de Hobbes, pois de sua filosofia se extrai os fundamentos, ou pelo menos parte deles, do atual *Direito Penal do Inimigo*, tanto que Perez Del Valle afirma: “Hobbes

²³⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 29.

²³⁷ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.101 e VALLE, Carlos Perez Del. *Sobre los origenes del “derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.75, 2001. p. 607.*

contempla, por isso, um direito penal do inimigo no mesmo sentido em que a dogmática moderna discute sobre a sua existência”²³⁸.

Hobbes considera que todos os homens são iguais por natureza²³⁹, motivo pelo qual, na ausência de um poder comum, “eles se encontram naquela condição a que se chama guerra. Uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”²⁴⁰

E nessa situação, chamada por Hobbes de estado de natureza, não há injustiças, pois “As noções do bem e do mal, de justiça e injustiça, não podem ter lugar aí. Onde não há poder comum não há lei. Onde não há lei não há injustiça”.²⁴¹

Conseqüentemente, nesse estado, todos têm direito a tudo, “incluindo os corpos dos outros”²⁴², vivendo os homens numa situação em que todos são inimigos mútuos,

O seguinte trecho explicita tal pensamento:

Contra essa desconfiança de uns em relação aos outros, nenhuma maneira de se garantir é tão razoável como a antecipação. Quer dizer, pela força ou pela astúcia, subjugar todos os homens que puder, durante o tempo necessário para chegar ao momento em que não veja qualquer outro poder suficientemente grande para ameaçá-lo. Isso não

²³⁸ VALLE, Carlos Perez Del. *Sobre los origenes del “derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.75, 2001. p. 607.*

²³⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 96.

²⁴⁰ *Ibidem*. p. 98.

²⁴¹ *Ibidem*. p. 99.

²⁴² *Ibidem*. p. 101.

é mais do que a própria conservação exige, conforme é geralmente admitido.²⁴³

Importante, no momento, frisar que para Hobbes o bem supremo do homem é sua própria existência²⁴⁴ e esta não está, de modo algum, assegurada no estado de natureza, posto que qualquer homem tem o direito de aniquilar, em nome de sua existência, a existência de qualquer outro homem. Ainda, no estado de natureza, não há propriedade ou qualquer distinção entre “o meu e o teu”²⁴⁵, sendo que “pertence a cada homem só aquilo que ele é capaz de conseguir, apenas enquanto for capaz de conservá-lo”.²⁴⁶

Desse modo, Hobbes considera que a situação em que se encontra o homem no estado de natureza é miserável, mas admite que esse possa escapar a ela, baseando-se em suas paixões e em sua razão²⁴⁷.

Hobbes afirma que:

As paixões que levam os homens preferir a paz são o medo e a morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável e a esperança de consegui-las por meio do trabalho.²⁴⁸

Assim, baseado em sua razão e buscando escapar a sua miserabilidade, “todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-

²⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 97.

²⁴⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 96 e WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 96.

²⁴⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 100.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

la”²⁴⁹, pois “a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a um acordo”.²⁵⁰ Entretanto, esse acordo não pode ser somente entre alguns homens, mas obrigatoriamente entre todos os homens e, ainda, não pode ser um simples pacto, mas deve ir além, no sentido de formar um “poder comum” que os mantenha em respeito e dirija todas as ações para o benefício comum.²⁵¹

Esse pacto, que tem o fim máximo de garantir a segurança de “todos contra todos”, é o Estado, que se forma a partir da renúncia, de todos, de parte daqueles direitos que gozam enquanto se encontram em estado de natureza.

Hobbes explica como se dá a formação do “pacto de submissão”:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injurias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente pra que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disse respeito à paz e segurança comuns. Todos devem submeter suas vontades à vontade do representante e suas decisões à sua decisão. Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: “Cedo e transfiro meu direito de

²⁴⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 101.

²⁵⁰ *Ibidem*.

governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele ter direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim, civitas.²⁵²

Desta maneira, percebe-se que o Estado hobessiano baseia-se no “pacto de submissão” da vontade de todos à vontade de um só homem, ou de uma assembléia de homens, com a finalidade de proteção do supremo bem humano, que para Hobbes é a própria existência.

Por isso que Hobbes afirma que a “finalidade da obediência é a proteção”.²⁵³

O Estado cumpre a sua finalidade protetiva, em primeiro lugar, através da promulgação das leis civis²⁵⁴, que são regras emanadas do poder soberano e declaradas publicamente, para que todos possam saber o que é e o que não é permitido, ou seja, para restringir as liberdades naturais do homem, para evitar que causem danos uns aos outros e, ao em vez disso, se unam contra o inimigo comum.²⁵⁵

²⁵¹ Ibidem. p. 130.

²⁵² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.130.

²⁵³ Ibidem. p. 166.

²⁵⁴ O conceito de Hobbes para Lei Civil é: “A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, quer dizer, do que é contrário ou não ao sistema”. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 197.

²⁵⁵ Diz Hobbes: “O direito natural, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil. A finalidade das leis não é outra senão essa restrição, se a qual não será possível haver paz. A lei não foi posta no mundo senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar danos uns aos outros. Em vez disso, que se ajudem e se unam contra o inimigo comum”. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 199.

Imperioso saber que Hobbes distingue entre duas ordens legais: a das leis civis e a das leis naturais²⁵⁶. Sendo que a primeira é decorrente do “pacto de subordinação” e a segunda é decorrente da razão, que conforme definição do próprio filósofo inglês “é o ditame da reta razão no tocante àquelas coisas que, na medida de nossas capacidades, devemos fazer, ou omitir, a fim de assegurar a conservação da vida e das partes de nosso corpo”²⁵⁷.

Entretanto, não são todas as pessoas que estão sujeitas às leis civis, mas apenas os cidadãos – considerados assim por Hobbes somente os súditos, ou seja, os que renunciaram aos seus direitos naturais e se obrigaram a obedecer ao soberano e, conseqüentemente, às leis civis –, estando excluído dessa obrigação o inimigo, “posto que esse inimigo não esteve sujeito à lei e não pode transgredi-la, portanto”²⁵⁸.

Assim, apesar de haver previsão de castigos para aqueles que descumprem as leis, “pois é inútil toda lei que possa ser violada sem castigo”²⁵⁹, esses castigos (penas) só podem ser infligidos aos súditos (cidadão), mas nunca ao inimigo, pois somente os primeiros estão sujeitos ao “pacto” e é este que estabelece as referidas leis²⁶⁰.

²⁵⁶ Hobbes considera que é um preceito geral da razão o fato de que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la. Desse preceito extrai-se a primeira e fundamental lei da natureza: os homens não devem conservar todos os direitos e alguns devem ser transferidos ou renunciados, através da realização de um “pacto”, pois de modo diverso a guerra seria inevitável. Mais, assevera que há também a segunda lei da natureza, que manda a todos os homens cumprir os contratos. Em HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. Editora Martin Claret. São Paulo. 2004. Cap II e III. Passim. e HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. Capítulo XIV. Passim.

²⁵⁷ Idem. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 38.

²⁵⁸ Idem. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 229.

²⁵⁹ Idem. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 222.

²⁶⁰ Diz Hobbes: Considerando pois que nossa obrigação de respeitar as leis antecede sua própria promulgação, estando incluída já na constituição da cidade (em virtude da lei natural que nos proíbe

Desse modo, na teoria de Hobbes, podemos afirmar que o súdito que desrespeita as leis civis merece um castigo, uma pena, mas não perde, de forma alguma, seu *status* de cidadão. Tanto é assim, que Hobbes exige que a pena tenha uma função ressocializadora e educativa, nos moldes da atual Prevenção Geral Positiva, pois afirma que: “todo dano impingido sem intenção ou possibilidade de predispor o delinqüente, ou outros homens, por meio do exemplo, à obediência às leis, não é pena, mas ato de hostilidade...”²⁶¹ e, ainda que “procedendo à vingança ou impondo castigos, devemos ter em mira não o mal passado, mas o bem futuro (...) que o ofensor seja corrigido, ou que os outros, alertados pela punição, possam se tornar melhores.”²⁶²

Assim, como asseverou Jakobs, Hobbes mantém o *status* de cidadão do criminoso, ou seja, o súdito que desrespeita as leis civis não rompe com o “pacto de subordinação” e continua a gozar de seus benefícios.

Entretanto, tratamento completamente diverso é dado ao súdito que renuncia ao “pacto” e, conseqüentemente a todas as leis civis, pois este não será mais tratado como cidadão, mas sim como *inimigo*.

Os inimigos são, para Hobbes, tanto aqueles que nunca fizeram parte do contrato e nunca estiveram subordinados às leis civis²⁶³, ou seja, os estranhos ao Estado, bem como aqueles que uma vez subordinados, súditos, manifestaram,

de romper os pactos por nós firmados), a lei de natureza manda-nos observar todas as leis civis”. In: HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 223.

²⁶¹ Idem. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 229.

²⁶² Idem. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 61.

²⁶³ Idem. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 229.

através de atos ou palavras²⁶⁴, o desejo de não mais respeitar a autoridade do soberano. Todavia, e esse ponto é importante, Hobbes também considera como inimigo aquele cidadão que comete o crime de traição²⁶⁵.

Conforme afirma Hobbes:

Esse crime (trespass) é muito pior que qualquer outro pecado, justamente porque pecar sempre é pior do que pecar uma vez. E esse pecado que se chama traição, consistindo numa palavra ou ação pela qual o cidadão ou súdito declara que não mais obedecerá àquele homem ou conselho a quem se confiou o poder supremo na cidade. O súdito pode declarar essa intenção (will) através de seus atos, como quando comete ou tenta cometer uma violência contra a pessoa do soberano, ou de quem execute suas ordens. Desta espécie são os traidores, os regicidas, e todos os que tomam as armas contra a cidade, ou que no correr da guerra se bandejam para o inimigo.²⁶⁶

Dessa forma, direcionando a análise para o que mais nos interessa, podemos dizer que, para Hobbes, aquele que comete o crime de traição (em sentido lato) não pode mais ser considerado pelo Estado como um súdito, mas sim como *inimigo*, pois negou o “pacto social”.

Conseqüentemente, negando o “pacto social”, este homem regressa ao “Estado de Natureza”, onde não há qualquer lei, senão a “guerra de todos contra todos”. Em virtude desse fato, os homens que se encontram sob o manto do Estado se sentem

²⁶⁴ Ibidem. p. 230.

²⁶⁵ Idem. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 231.

²⁶⁶ Ibidem.

inseguros, posto que aqueles que romperam o pacto os amedrontam, pois ameaçam dissolver o corpo político²⁶⁷.

Assim, o Estado, cumprindo sua finalidade primordial de proteção dos súditos, declara guerra ao *inimigo*, pois “as reações da comunidade política frente aos seus inimigos não perseguem o restabelecimento da identidade social através da confiança nas normas do direito, mas sim, uma busca da segurança cognitiva das pessoas que formam a sociedade”²⁶⁸.

Em virtude desta guerra declarada, ao inimigo criminoso não são mais aplicadas penas, pois estas são exclusivas do *Direito Penal do Cidadão*, posto que se fundam nas leis civis, mas sim atos de hostilidades, que não tem os limites²⁶⁹ daquela e ficam ao arbítrio total do soberano, conforme se extrai desse trecho:

Conclui-se que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado, seja qual for a penalidade prevista para a traição, o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei. Deve, portanto, sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante.²⁷⁰

Nesse ponto, impossível não perceber a semelhança da atual teoria do *Direito Penal do Inimigo* com a formulação hobessiana, sendo imperioso reconhecer razão

²⁶⁷ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

²⁶⁸ VALLE, Carlos Perez Del. *Sobre los origenes del “derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.75, 2001. p. 608.*

²⁶⁹ Na obra *Leviatã*, Hobbes desenvolve uma espécie de Teoria da Pena, onde impõe alguns limites à aplicação desta, tais como derivar de uma autoridade pública, ser precedida de uma condenação pública, servir de exemplo e de recuperação, estar prevista na lei civil, ser proporcional à transgressão e etc. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 228.

ao professor Carlos Perez Del Valle quando afirma que “Hobbes contempla, por isso, um direito penal do inimigo no mesmo sentido em que a dogmática moderna discute sobre a sua existência”.

Seguindo o mesmo entendimento, o professor Luis Gracia Martin vai além e afirma que em Hobbes já é possível encontrar-se a maior parte das regras que devem configurar o *Direito Penal do inimigo* da dogmática contemporânea e explica que:

Hobbes inclui entre os crimes de lesa-majestade incidentes no âmbito do direito de guerra contra os inimigos fatos que impliquem uma clara antecipação da punibilidade para um estágio prévio, isto é, que tenham apenas o caráter de atos preparatórios. Com efeito, como os crimes de lesa-majestade Hobbes menciona não só os atos contrários a uma lei fundamental, mas também os consistentes em “fazer planos”, e atos que apresentem claramente os traços próprios da provocação para uma efetiva desobediência ao soberano. Por outro lado, enquanto o excesso de pena já não pode ser considerado como um castigo quando aplicado a um cidadão, e sim, um ato de hostilidade, no caso dos inimigos se o castigo desproporcional, já que o mesmo não é infligido por via legal, mas com base no direito de guerra. O castigo de cidadãos inocentes é contrário à lei da natureza, mas não o é no caso do inimigo inocente, pois “na guerra a espada não faz distinções, nem as faz o vencedor entre culpados e inocentes”²⁷¹.

Sendo assim, pode-se afirmar que a teoria de Jakobs não é novidadeira, mas sim uma espécie de releitura da teoria anteriormente apresentada por Hobbes, já que os pontos principais da teoria do primeiro já se encontravam expressos na do segundo.

²⁷⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 230.

Todavia, cumpre salientar que o ponto crítico não se fixa no fato de a teoria do *Direito Penal do Inimigo* não ser uma novidade, mesmo porque Jakobs nunca a colocou dessa maneira, e nem poderia, já que a história do Direito Penal está repleta de fatos que comprovam sua existência.²⁷²-, mas sim, no fato de um pleno século XXI, na tentativa de se justificar o injustificável, resgatar-se Hobbes, que não obstante a genialidade de sua teoria, a elaborou para os Estados Absolutista do século XVII, impingindo-lhe um caráter completamente autoritário e despótico, garantindo poderes ilimitados ao soberano e negando quaisquer direitos aos súditos.

O poder desejado por Hobbes ao soberano era tão irrestrito que não havia lei que o submetesse, ou seja, o soberano tudo podia (*the king can do no wrong*) e estava acima do bem e do mal, do justo ou do injusto²⁷³, conforme se percebe nesta passagem do *Leviatã*:

O soberano de um Estado não se encontra sujeito às suas próprias leis civis, esteja representado por um homem ou uma assembléia. Já que tem o poder de fazer e revogar as leis, pode, quando lhe aprouver, libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras leis. Deduz-se que já era livre antes. É livre quem pode ser livre quando quiser. A ninguém é possível estar obrigado perante si mesmo, pois quem pode obrigar pode libertar. Portanto, não está obrigado quem obrigado está apenas perante si mesmo.²⁷⁴

²⁷¹ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 210.

²⁷² Nesse sentido: “Não houve momento na longa história da cultura punitiva do Ocidente que tenha se desenvolvido sem a presença bem definida de um ‘inimigo do Estado’. Ditaduras e Democracias, através de mil artifícios, sempre souberam modelar, primeiro no imaginário coletivo, depois no ordenamento penal, a figura daquele que – como fez Lúcifer no reino celestial – rebelava-se contra o cetro do poder”. In: DAL RI, Arno Junior. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 351.

²⁷³ ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do Estado. v.2. Filósofos da Idade Moderna*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

²⁷⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 198.

Ainda, deve-se dizer que o caráter absolutamente autoritário e despótico de Hobbes, é conseqüência da total descrença que esse nutre pelos seres humanos, chegando ao ponto de afirmar que o homem é o lobo do homem (*homo homini lupus*).

Esse é o motivo do autoritarismo, pois, para o filósofo inglês, somente um poder extremamente forte e ilimitado seria capaz submeter os homens, tirá-los de seu estado miserável e manter a paz.

A questão é bem explicada pelo professor Edgard Bodenheimer:

Hobbes estava convencido de que o soberano, para realizar adequadamente as suas funções, deve ser onipotente, e não estar sujeito a restrições legais. Esse modo de pensar era uma conseqüência necessária da sua maneira pessimista de encarar os seres humanos como criaturas egoístas, pugnazes e avessas à cooperação; e sendo assim, só mesmo um poder indivisível, extremamente grande, será capaz de manter a paz e a ordem no meio de uma turba tão intratável.²⁷⁵(sic)

Mais, mantendo a coerência com sua lógica despótica, não se admite na teoria hobessiana qualquer forma de resistência ou desobediência²⁷⁶ ao soberano. De modo que, por representarem a vontade do soberano, as leis positivas devem ser estritamente cumpridas pelos súditos.

²⁷⁵ BODENHEIMER, Edgard. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 55.

²⁷⁶ Com exceção da defesa da própria vida.

Entretanto, Hobbes não sustenta que os súditos serão impelidos ao cumprimento das leis pela violência, mas sim porque o cumprimento dos contratos é um mandamento da Lei Natural e por terem os cidadãos estabelecido o contrato, não lhes resta outra opção que não a estrita obediência.

Destarte, utilizando-se do expediente de obediência à Lei Natural – que se alcança pela “reta razão”- Hobbes mantém os cidadãos submetidos à vontade do soberano.

Tal situação é muito bem explicada por Norberto Bobbio:

A finalidade principal visada por Hobbes com sua filosofia política é fundamentar solidamente o poder civil. A ideologia do direito natural era ainda tão vigorosa, em sua época, que pareceu a Hobbes que o melhor modo de fundar o poder civil era demonstrar que a obrigação de obedecer ao soberano constituía uma obrigação derivada de uma lei natural. Todo o discurso hobessiano sobre o direito natural – o discurso segundo o qual ele pôde afirmar que a lei natural é o tema principal de sua obra, uma obra que, devemos sublinhar, visa defender o máximo de soberania compatível como mínimo de resistência – resolve-se na afirmação de que a obrigação de obedecer ao soberano é de direito natural; e que, uma vez constituído o Estado, não existe para os súditos, salvo em casos excepcionais e bem delimitados, outra obrigação natural (ou moral) além daquela de obedecer.²⁷⁷

A mesma crítica é realizada pelo professor argentino E. Raul Zaffaroni, que para ressaltar o nuance autoritário de Hobbes, o compara com outro filósofo do contrato social, John Locke:

²⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 140.

Para Locke, como crítico da monarquia absoluta, quem realiza um ato de resistência legítimo, reclamando o respeito de direitos anteriores ao contrato estatal, é um cidadão que exerce seu direito; para Hobbes, como defensor do Estado absoluto, trata-se de um inimigo a quem é mister conter com força ilimitada, sem respeitar sequer as margens da pena, porque deixou de ser um súdito. Quem, para Locke, exerce o direito de resistência à opressão é, para Hobbes, um inimigo pior do que o criminoso. Para Locke, o soberano que abusa do poder perde sua condição enquanto tal e passa a ser uma pessoa como as demais; para Hobbes, é o súdito que resiste ao abuso de poder do soberano quem perde sua condição e passa a ser um inimigo.²⁷⁸

E, ainda, é preciso que se diga que a “passagem” do cidadão ao inimigo não é, como faz parecer Jakobs, um fato isolado na teoria hobessiana, mas sim uma decorrência lógica de toda a construção teórica que se inicia no “estado de natureza” e finaliza com sua volta ao mesmo estado.

Importante salientar que foram poucos os autores que analisaram, na obra de Hobbes, pontualmente a questão do “cidadão-inimigo”, ainda mais do ponto de vista do Direito Penal, posto que essa é a ponta do *iceberg* da teoria hobessiana, motivo pelo qual seus críticos, normalmente voltados para área político-filosófica, preferem uma crítica mais contundente que atinja as bases da teoria.

Todavia, fato é: dissolvendo-se a fundação, rui-se todo o prédio; motivo pelo qual trazemos trecho em que o filósofo francês Michel Villey comenta a teoria de Hobbes:

Mas não superestimemos o efetivo sucesso de Hobbes. Bentham e Austin seguiram-no, mas não a grande massa dos juristas de seu país: eles preferiram Coke a Hobbes, e conservaram sua Common Law, a

²⁷⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan,

autoridade dos precedentes e uma certa independência do juiz em relação à lei. Quanto à França, não acho que seus melhores juristas (em todo caso não os melhores juízes do Antigo Regime) tenham alguma vez se inclinado ante um sistema desse tipo. A doutrina positivista é oficialmente ensinada, mas jamais foi praticada. E ainda hoje os filósofos da experiência jurídica continuam denunciando sem cessar a falsidade do sistema positivista.

Nunca terei dito o suficiente sobre todos os defeitos dessa teoria, todos os pontos em que ela contradiz a realidade jurídica (que, de novo, a filosofia nos ensina a preferir às representações enganosas dos sistemas idealistas): o monopólio por ela instituído do direito estatal, embora possa haver direito sem legislação estatal; o arbítrio que concede ao soberano, acalentando a ilusão de que este agirá racionalmente; a análise simplista da atividade judiciária que ela comporta; o esquecimento, o sacrifício total de toda justiça distributiva etc. Mas no século XX essas críticas já foram repetidas tantas vezes que não preciso me demorar nelas. Hobbes não ganhou a aposta. Seu sonho é ensinado, mas é certamente insustentável.²⁷⁹

Como se disse, Hobbes desenvolveu sua teoria para uma determinada época da história, quando, talvez, tais conceitos - poder absoluto e ausência de direitos - fizessem sentido.

Entretanto, em pleno século XXI, depois da completa formação dos Estados Modernos, das passagens pelas revoluções sociais e industriais, da superação de duas guerras mundiais e todos os demais episódios que possibilitaram ao ser humano o desenvolvimento de uma autoconsciência de que há um núcleo de seus direitos que não pode, de maneira alguma, ser desrespeitado, nos parece que a adoção de uma filosofia que vai na contramão dessa evolução é, no mínimo, anacrônica e não merece prosperar.

3.2.4- Kant

Conforme mencionado, Günther Jakobs utiliza-se também da filosofia de Immanuel Kant como sustentáculo de sua teoria do *Direito Penal do Inimigo*, especialmente para justificar a existência do “inimigo” e seu tratamento diferenciado.

Ao tratar de Kant, Jakobs afirma que o filósofo alemão utiliza-se do contrato social como um regulador da fundamentação e limitação do poder do Estado e que situa o problema na passagem do estado de natureza ao estado estatal²⁸⁰.

Alerta, ainda, que “Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”²⁸¹.

Entretanto, em virtude de tal constatação, o próprio Jakobs faz a seguinte questão - “O que diz Kant sobre aqueles que não se deixam obrigar?” – a qual ele mesmo responde com a seguinte citação de Kant:

Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... [da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (statu iniusto) que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou

²⁷⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.753.

²⁸⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 28.

²⁸¹ Ibidem.

entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança²⁸².

Consequentemente, comentando Kant, Jakobs afirma:

[...] quem não participa na vida em um “estado comunitário legal”, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser “tratado”, como anota expressamente Kant, “como um inimigo”.²⁸³

Por fim, conclui Jakobs que, na posição de Kant, não se trata como pessoa quem “me ameaça... constantemente, quem não se deixa entrar em um estado cidadão”²⁸⁴.

Logo, percebe-se que Jakobs pinça do pensamento kantiano um ponto muito importante ao *Direito Penal do Inimigo*: a exigência da “garantia cognitiva”, que em Kant somente é possível no estado comunitário-legal.

Entretanto, antes da análise pontual sobre a existência de elementos do *Direito Penal do Inimigo* na filosofia kantiana, se faz necessária uma apresentação de parte do pensamento desse filósofo do Idealismo alemão, especificamente de suas idéias em relação ao direito e política, sob pena de perdermos a essência de suas conclusões.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 28.

²⁸⁴ Ibidem. p. 29.

Tal qual Hobbes, Kant acredita na existência de um estado de natureza, no qual os homens agem somente conforme o seu desejo, apesar de não ser necessariamente um estado de injustiças, é um Estado sem direito, conseqüentemente, inseguro, pois não há uma legislação exterior poderosa que os submeta.

Tal posição é percebida nos seguintes trechos:

[...] está já implícito a priori na ideia racional de semelhante estado (não jurídico) que, antes da instituição de um estado legal público, os homens, os povos e os Estados isolados nunca podem estar seguros uns dos outros em face da violência e fazer cada um o que tem por justo e bom, a partir do seu próprio direito, sem para tal dependerem da opinião do outro.²⁸⁵

Sem dúvida, nem por isso o estado da natureza devia ser um estado de injustiça (*iniustus*) em que os homens se confrontassem mutuamente só pela medida da sua violência; mas era, apesar de tudo, um estado sem direito (*status iustitia vacuus*) em que, quando o direito era controvertido (*ius controversum*), se não encontrava nenhum juiz competente para ditar uma sentença com força legal [...]²⁸⁶

Sendo assim, mantendo coerência com seu racionalismo²⁸⁷, Kant sustenta que não é pela experiência que o homem aprendeu a máxima da violência ou da maldade de fazerem a guerra entre si no estado não-jurídico, mas sim por serem os

²⁸⁵ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 126

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ “Kant, assim, sem ser jurista, ocupa-se da explicação do Direito a partir de sua tomada de posição filosófica. Estuda as leis que regulam a conduta humana de um ponto de vista meramente racional, o que denomina de metafísica dos costumes. Procura então fundamentar a obrigação não na natureza humana (incognoscível), mas no *a priori* da razão pura, que ordena *como* se deve agir. Aquilo que as leis morais determinam não é extraído da observação de si mesmo ou de nossa animalidade, não é deduzido tão-pouco da observação dos acontecimentos do universo, quer dizer, do que acontece e de como se age, mas a razão determina como se deve agir, ainda quando não haja nenhum exemplo disso e sem levar em conta o proveito que a ação pode nos acarretar.” In: MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito: o homem e o direito*. São Paulo: Quartie Latin, 2006. p. 180.

homens bons e amantes do direito, realizam que está implícito, *a priori*, na idéia do estado natural, que este não pode ser seguro.²⁸⁸

Logo, a própria razão manda que os homens abandonem esse estado de insegurança e busquem a segurança em um estado-legal.

Assim, o Estado e sua formação somente são possíveis mediante essa “passagem” do estado de natureza para o estado-legal, que ocorre, necessariamente, tal qual em Hobbes, através do *contrato originário*²⁸⁹, conforme se depreende do seguinte trecho:

O ato pelo qual o próprio povo se constitui como Estado – em rigor só a ideia deste, que é a única pela qual se pode pensar a sua legalidade – é o contrato originário, segundo o qual todos (omnes et singuli) no povo renunciam à sua liberdade exterior para, em seguida, a recuperar como membros de uma comunidade, isto é, como membros do povo considerado como Estado (universi)[...] ²⁹⁰

Importante, nesse ponto, é a questão da liberdade, pois na visão kantiana ao firmar o *contrato originário* os cidadãos não sacrificam qualquer parte de suas liberdades, pois há apenas o abandono de uma liberdade selvagem e sem lei, para, depois, encontrarem a liberdade em geral, íntegra, na dependência legal, num estado jurídico, onde a liberdade brota da própria vontade legisladora do povo.²⁹¹

²⁸⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 126.

²⁸⁹ Ibidem. 130.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem.

Assim, na teoria de Kant, a finalidade do Estado e o motivo do abandono do estado natural são um só: a liberdade.²⁹²

Todavia, imperioso salientar que tal liberdade não pode, em momento algum, ser confundida com anarquia, uma vez que os cidadãos devem obedecer estritamente às leis emanadas do soberano, já que, em virtude do *contrato*, são emanadas deles mesmos.

Assim, trata-se de uma “liberdade legal”, ou seja, não se deve obedecer qualquer outra lei para a qual não se tenha dado consentimento, portanto, não se deve obedecer ou se submeter a nada além do poder soberano.

Tal pensamento é facilmente percebido no trecho em que Kant caracteriza o cidadão:

Os membros de semelhante sociedade (*societas civilis*)- isto é, de um Estado -, unidos em vista da legislação, chamam-se cidadãos (*cives*), e seus atributos jurídicos inseparáveis da sua essência (como tal), são os seguintes: a liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei excepto àquela a que se deu o seu consentimento; a igualdade civil, ou seja, não reconhecer nenhum superior no povo, excepto aquele que tem a capacidade moral de obrigar juridicamente, do mesmo modo que este o pode obrigar a ele; em terceiro lugar, o atributo da independência civil, a saber, não agradecer a própria existência e conservação ao arbítrio de outrem no povo, mas aos seus próprios direitos e faculdades, enquanto membro da comunidade, por

²⁹² Nesse sentido, escreve Bobbio: “Colocando como fim do Estado a liberdade, Kant se opõe à concepção, prevalecente na sua época, que atribuía ao Estado, e por isso ao príncipe, o fim principal de dirigir os súditos para a felicidade, e era a concepção que correspondia ao regime chamado de despotismo (ou absolutismo) iluminado”. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 212.

consequente, a personalidade civil, que consiste em não poder ser representado por nenhum outro nos assuntos jurídicos.²⁹³

Desse modo, impossível não relacionar essa “liberdade legal” do cidadão com a segurança cognitiva, pois somente o cidadão garante um mínimo de segurança, posto que, apesar de livre, está submetido às leis estatais e deverá agir de acordo com elas.

Tanto é assim que, para Kant, não existem leis injustas, posto que o poder legislativo só pode caber à vontade conjunta do povo e dele deve dimanar todo o direito. Logo, se alguém decreta algo em relação a outrem é possível que se cometa contra ele uma injustiça, mas o mesmo nunca é possível naquilo que se decide sobre si mesmo.^{294 295}

Entretanto, conforme apontado por Jakobs, Kant considera a possibilidade de algumas pessoas não se submeterem às leis, ou seja, não participarem do estado-legal, fato que, por si só, autoriza a hostilização dessas pessoas no sentido de obrigá-las a participar do estado-jurídico ou no sentido de expulsá-las da convivência comum.

Nesse sentido assevera Kant:

²⁹³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 128.

²⁹⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 128.

²⁹⁵ Id. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 127. Necessário informar que para Bobbio, Kant admite a possibilidade de leis injustas, mas não admite a possibilidade de desobediência dessas leis. Em BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

Supõe-se commumente que não se pode proceder hostilmente contra ninguém a não ser apenas quando ele me tenha já lesado de facto, e isto é também inteiramente correcto se ambos se encontram num estado civil-legal. Com efeito, por este ter ingressado no mesmo estado proporciona àquele (mediante autoridade que possui poder sobre ambos) a segurança requerida. – Mas o homem (ou / o povo), no simples estado de natureza, priva-me dessa segurança e já me prejudica em virtude precisamente desse estado, por estar ao meu lado, se não efectivamente (facto), no entanto, devido à ausência de leis do seu estado (statu iniusto), pela qual eu estou constantemente ameaçado por ele; e não posso forçá-lo a entrar num estado social legal ou a afastar-se de minha vizinhança [...] ²⁹⁶

Logo, constata-se que dentro de um “estado legal” somente é legítima a hostilidade contra quem já tenha me lesado anteriormente, pois há uma segurança garantida. Já no estado natural – *iniustu* -, a simples ausência de segurança, decorrente da inexistência de leis - característica daquele estado²⁹⁷ - é suficiente para permitir qualquer hostilidade, “pois a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz”.

Daí é que se percebe que, para Kant, o “inimigo” é aquele que não entrou no estado civil-legal (cidadão) ou, após entrar, o tenha abandonado, ou seja, “inimigo” é quem permanece no estado de natureza ou regressa a ele.²⁹⁸

²⁹⁶ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 127.

²⁹⁷ Kant, mantendo a lógica com seu sistema idealista, afirma que: “...está já implícito *a priori* na ideia racional de semelhante estado (não jurídico) que, antes da instituição de um estado legal público, os homens, os povos e os Estados isolados nunca podem estar seguros uns dos outros em face da violência e fazer cada um *o que tem por justo e bom*, a partir do próprio direito, sem para tal dependerem da opinião do outro.” In KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 126.

²⁹⁸ MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

É exatamente nesse ponto que a doutrina de Kant interessa ao *Direito Penal do Inimigo*, pois para ambas a segurança cognitiva é um elemento essencial, sem o qual surge a figura do “inimigo”, contra quem não há limites para as hostilizações.

Entretanto, na filosofia kantiana, a segurança cognitiva é garantida a um preço demasiadamente caro: a impossibilidade de oposição ou de resistência dos cidadãos em relação ao soberano.

Assim, mesmo que sustente que o faz em defesa da liberdade, impossível não notar o caráter extremamente despótico da sua teoria política, pois apesar de ser republicano²⁹⁹ e defender a separação dos poderes estatais, tal como Hobbes, Kant tem uma concepção de Estado autoritária, ao ponto de negar expressamente qualquer possibilidade de oposição ou resistência dos súditos em face do soberano.

Inclusive, Kant chega a afirmar que os súditos não devem sequer questionar a origem do poder supremo do soberano, mas apenas se submeterem de forma absoluta, conforme se depreende dos seguintes trechos:

A origem do poder supremo é na prática imperscrutável para o povo a ele submetido: isto é, o súbdito não deve arrazoar activamente sobre esta origem, como que sobre um direito duvidoso quanto à obediência que lhe deve (*ius controversum*).³⁰⁰

[...] pois se um súbdito que houvesse meditado sobre a origem remota do Estado pretendesse resistir à autoridade agora reinante, seria

²⁹⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 125 e ss.

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 133.

castigado, aniquilado ou desterrado (como proscrito, *exlex*), segundo as leis de tal autoridade, isto é, com todo o direito.³⁰¹

Conseqüentemente, em virtude da total submissão dos súditos ao soberano, Kant elabora o seguinte princípio: [...] *o soberano num Estado tem, perante o súbdito, só direitos e nenhum dever (constritivo)*.³⁰²

Mais, não admite qualquer oposição ou rebelião, ainda que o soberano tenha utilizado indevidamente o seu poder, considerando, tal qual Hobbes, que qualquer atentado contra a figura do soberano configura um crime de alta traição, onde a vítima é o próprio Estado, conforme segue:

Contra a suprema autoridade legisladora do Estado não há, portanto, resistência legítima do povo; pois, só pela submissão à sua vontade universalmente legisladora é possível um estado jurídico; logo, não existe nenhum direito de sedição (*seditio*), menos ainda de rebelião (*rebellio*), e muito menos o direito de atentar contra a sua pessoa, inclusive contra sua vida (*monarchomachismus sub specie tyrannidii*), enquanto pessoa individual (*monarca*), sob o pretexto do abuso do poder (*tyrannis*).³⁰³

O menor intento nesse sentido é um crime de alta traição (*proditio eminens*), e o traidor deste tipo só poderá ser castigado com a morte, como alguém que tenta matar a sua pátria (*parricida*).³⁰⁴

Qualquer resistência contra o supremo poder legislativo, qualquer rebelião destinada a traduzir em ato a insatisfação dos súditos, qualquer tumulto que dá início à rebelião é o delito maior e mais

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 133.

³⁰³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 135.

³⁰⁴ Ibidem. p. 135.

execrável que pode ser realizado em um Estado e o que destrói seus fundamentos.³⁰⁵

A justificativa para o autoritarismo e impossibilidade de resistência - inclusive frente aos abusos do soberano – fundamenta-se no caráter supremo da lei, pois se fosse diferente, a lei mesmo estaria negando sua própria soberania.

As explicações do próprio Kant são suficientes:

A razão porque o povo deve, apesar de tudo, suportar um abuso do poder supremo, inclusive um abuso tido por intolerável, é esta: a sua resistência à própria legislação suprema deve conceber-se como contrária à lei, e até como destruidora da constituição legal na sua totalidade. De facto, a fim de estar capacitado para isso, teria de haver uma lei pública que autorizasse a resistência do povo; isto é, a legislação suprema conteria em si mesma a determinação de não ser a suprema e de converter o povo como súdito, num só e mesmo juízo, em soberano daquele a que está submetido – o que é contraditório.³⁰⁶

Dessa maneira, impossível não perceber o esforço de Kant em assegurar de todas as formas a ordem vigente³⁰⁷, utilizando-se, para tanto, da teoria do *contrato social*, onde sob o argumento de garantir uma “*liberdade legal*”, impede-se qualquer forma de resistência frente ao soberano.

³⁰⁵ Kant. Sobre o Dito Comum. Apud BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 236.

³⁰⁶ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 135.

³⁰⁷ Entretanto, fato interessante é que apesar de negar veementemente a possibilidade de resistência dos súditos, vedando-lhes qualquer direito de revolução, Kant sustenta que se houver um movimento revolucionário e este triunfar, a nova ordem estabelecida, mesmo que injusta, deve ser obedecida, conforme o seguinte trecho: “... e uma revolução triunfou e se uma nova constituição se estabelece, a ilegitimidade do começo e da sua realização não pode libertar os súbditos da obrigação de, como bons cidadãos, se submeterem à nova ordem das coisas, não podendo negar-se a obedecer lealmente à autoridade que agora detém o poder”. In: KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 137.

E como sói acontecer, o instrumento utilizado para manutenção da ordem - “liberdade legal” - é o Direito, que por estar diretamente ligado à coação³⁰⁸, é extremamente eficaz na garantia do cumprimento das leis positivas.³⁰⁹

Tal constatação é perceptível quando Kant trata do Direito e o relaciona diretamente com a Liberdade, dando-lhe o papel de garantidor dessa, conforme segue:

O direito é, pois, o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal de liberdade.³¹⁰

Portanto, se a minha acção, ou em geral, o meu estado, pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal, ofende-me quem me levanta um obstáculo; pois tal obstáculo (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade, segundo leis universais.³¹¹

Ainda nesse sentido é a lição de Edgard Bodenheimer ao afirmar que:

³⁰⁸ “Ora, bem, tudo o que é contrário ao direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais: mas a coação é um obstáculo ou uma resistência à liberdade.(...)por conseguinte, ao direito está ao mesmo tempo associada a faculdade de coagir quem o viola, de harmonia com o princípio da contradição”. Em KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 37 e ss. No mesmo sentido. In: BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 122 e ss.

³⁰⁹ Kant trabalha com dois “tipos” de leis, as jurídicas e as morais ou éticas. Entretanto, nesse estudo, nos ocuparemos sempre das segundas. Jacy de Souza Mendonça as diferencia: “O imperativo jurídico é *hipotético* ou condicional (se não queres sofrer uma penalidade, procede de tal ou qual forma) e externo ao sujeito, ou *heterônomo*. Não se trata de uma lei ínsita na natureza, captável por um processo racional. *A regra que o sujeito mesmo eleva a princípio, por razões subjetivas, se chama máxima*. Máxima é, portanto, o *princípio subjetivo da ação*, é o motivo íntimo, em virtude do qual cada um age no caso concreto. Quando ela é universalizável, tem-se o imperativo jurídico. *A lei é o princípio objetivo de ação, válido para todos os seres racionais e fundamento em razão do qual o homem deve agir, o que significa um imperativo*. É heterônomo, porque exterior ao homem, ao contrário do imperativo ético, que é *categórico, interno e autônomo*, porque brota incondicionalmente da subjetividade do Homem.” In: MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito: homem e o direito*. São Paulo: Quartie Latin, 2006. p.182.

³¹⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 36.

³¹¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 37.

Segundo Kant, a única função do estado é garantir o cumprimento da lei. Conseqüentemente, êle definiu o estado como “uma união de vários homens sob leis jurídicas”. [...] Mas o judiciário kantista não tem o direito de examinar a legitimidade da lei. Assim, a liberdade e os direitos do homem são, na teoria de Kant, garantidos unicamente pela vontade da maioria legislativa” [...] E, assim, atribuindo fôrça obrigatória unicamente à lei positiva, Kant preparou o terreno para o advento do positivismo na ciência do direito.³¹²

Sendo assim, a essa altura cabe a seguinte reflexão: Se a função do Estado kantiano é garantir a liberdade através das leis positivas, mas estas mesmas leis positivas não admitem qualquer forma de resistência, não estaria o Estado utilizando as leis e o Direito para manutenção da ordem vigente ao invés de garantir a liberdade?

Em outras palavras, não seria o Direito, em Kant, um instrumento de coação do soberano frente aos súditos?

Parece-nos que tal indagação só comporta uma resposta que reafirma o autoritarismo político de Kant: Sim.

Ainda, e mais preocupante, parece-nos a concepção do Direito Penal em Kant, especificamente no que se refere à sua teoria da pena.

Ao definir o Direito Penal Kant afirma que este é o “direito que o soberano, relativamente ao subordinado, tem de lhe impor uma pena pelo seu delito”³¹³.

³¹² BODENHEIMER, Edgard. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. P. 80 e 81.

³¹³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 140.

Porém, o fato de ter cometido crime não gera para o indivíduo apenas uma pena, mas também “incapacita quem o comete para ser cidadão”³¹⁴.

E a função que atribui à pena judicial³¹⁵ é meramente retributiva³¹⁶, sustentando que essa nunca deve ser utilizada com outro fim que não a simples imposição de um castigo, conforme é possível constatar na seguinte passagem:

A pena judicial (*poena forensis*), distinta da natural (*poena naturalis*), pela qual o vício se castiga a si mesmo, e que o legislador não tem sequer em conta, nunca pode servir apenas de meio para fomentar outro bem, quer para o próprio delinqüente, quer para a sociedade civil, mas sempre lhe deverá ser imposta, só porque cometeu um delito; de facto, o homem nunca pode ser manejado como simples meio para os propósitos de outrem [...] ³¹⁷

E assim o é pois, para Kant, a pena corresponde a uma necessidade de Justiça:

A lei penal é um imperativo categórico, e aí daquele que rasteja pelas sinuosidades da doutrina da felicidade para encontrar algo que o exonere do castigo ou, inclusivamente, apenas de um grau do mesmo,

³¹⁴ Importante aqui explicar que Kant não explica se é todo transgressor que perde a sua capacidade para ser cidadão. De qualquer modo, parece que esse não seria o melhor entendimento, pois se assim fosse, o próprio filósofo não desenvolveria uma teoria da pena baseada no Princípio do Talião, mas sim admitiria toda hostilidade, de forma ilimitada, contra os transgressores. In KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p.140.

³¹⁵ Cumpre informar que o filósofo diferencia a pena judicial (*poena forensis*) da pena natural (*poena naturalis*), sendo que na última “o vício se castiga a si mesmo, e que o legislador não tem sequer em conta”. In: KANT, Immanuel *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 146.

³¹⁶ No mesmo sentido Klaus Adomeit quando afirma: “A pena jamais deverá ser um simples meio para atingir um fim – para o próprio criminoso, para a sociedade civil -, mas deve, “somente” e a qualquer tempo, se a ele imposta, porque ele cometeu um crime. Kant representa, exatamente como Hegel mais tarde, a teoria penal absoluta, mas não se entende o porquê de palavras tão frias”. In: ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do Estado. v.2. Filósofos da Idade Moderna*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 154.

³¹⁷ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p.146.

pela vantagem que promete, segundo o mote farisaico: ‘é melhor que morra um só homem do que todo o povo!’ Pois, se a justiça morrer, deixa de ter valor que os homens vivam sobre a terra.³¹⁸

Ainda, como se não bastasse, como medida de justiça na aplicação da pena Kant adota a Lei do Talião, justificando que:

Só a lei do talião (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a qualidade e a quantidade do castigo, mas, claro está, no seio do tribunal (não no teu juízo privado); todos os outros oscilam de um lado para o outro e não se podem adequar ao ditame da pura e estrita justiça, porque pelo meio se imiscuem outras considerações.³¹⁹

Assim, tomando-se em conta essas considerações, conforme assevera Paulo Queiroz, não surpreende que Kant considere o princípio talional – “dente por dente, olho por olho” – como paradigma da verdadeira justiça e do verdadeiro direito³²⁰.

Portanto, a pena kantiana tem caráter absoluto, concretizado na necessidade de se fazer Justiça³²¹, sendo desprezadas quaisquer outras funções utilitaristas, tais como as preventivas, ressocializantes ou reintegradoras³²².

³¹⁸ Ibidem. p.147.

³¹⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 147.

³²⁰ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 20.

³²¹ Fato que justifica a famosa passagem em que Kant afirma que se uma sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros deveria antes ser executado o último assassino que se encontre no cárcere, para que cada qual receba o que merece por seus atos e o crime de sangue não recaia sobre o povo.

³²² Atualmente tem-se distinguido entre ressocialização e reintegração social, conforme explica o Prof. Alvaro de Sá. Atualmente tem-se distinguido entre ressocialização e reintegração social, conforme explica o Prof. Alvaro de Sá em fórum virtuel do IBCCRIM em 28/11/2007: “Ressocialização é uma pista de mão única. Você tem alguém tido como sujeito da ação que é quem fala, quem orienta, quem diz o que é certo ou errado, quem dita as normas éticas e vc tem alguém como uma espécie de objeto que é aquele que ouve, que deve aprender, seguir as orientações, que deve se reeducar e se

Vale lembrar, outrossim, que contemporaneamente a Kant já se desenvolviam teorias liberais em relação ao Direito Penal, como conseqüência da revolução francesa. Todavia, em momento algum Kant compartilhou dessas idéias.³²³

Entretanto, fato é que não se pode negar a extraordinariedade do pensamento Kantiano, pois, apesar de seu conservadorismo político, em muitos pontos foi extremamente progressista - considerando como pano de fundo os parâmetros de sua época -, como por exemplo, ao defender a necessidade de uma igualdade formal entre os indivíduos, fato que, por si só, naquele momento histórico, significou grande progresso frente aos privilégios do *Ancien Régime* e, ainda, pela simples defesa do Estado Liberal.

Entretanto, conforme assevera Zaffaroni: “A formidável transcendência do pensamento de Kant não necessita ser adornada por méritos que ele não teve”³²⁴, de forma que, apesar de Jakobs, certamente podemos afirmar que se tem algo pelo qual Kant não merece mérito é por ter sido um digno representante do Direito Penal Liberal.

readequar às diretrizes, às normas e à ética sociais vigentes. Na reintegração social nós temos uma pista de mão dupla, na qual dois sujeitos se interagem numa relação simétrica de igualdade sem exercício de poder. Na reintegração, o que se pretende é promover um reencontro de partes de segmentos sociais que embora pertencendo a um mesmo corpo social, mantinham ou mantêm entre si uma relação de antagonismo. Uma relação que podemos considerar como histórica.” Acesso em 28/11/2007 em <http://www.ibccrim.org.br/site/forum/forum.php>.

³²³ Somente a título de exemplo é possível citar uma passagem em que Kant critica severamente as idéias de Beccaria: “Em contrapartida, o marquês de Beccaria, pelo sentimentalismo compassivo de uma humanidade afectada (*compassibilitas*), defendeu que toda a pena de morte é ilegal, porque ela não poderia estar contida no contrato civil originário; de facto, cada um no povo deveria então estar de acordo em perder a sua vida, se matasse outro (do povo); mas tal consentimento é impossível, pois ninguém pode dispor de sua vida. Tudo isso é sofismaria e rabulice”. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 150.

³²⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 129.

É nesse ponto que Günther Jakobs surpreende ao construir uma teoria Penal-Contemporânea, que se propõe a resolver conflitos concretos, sobre as idéias de um filósofo que nega a possibilidade de conhecimento da realidade³²⁵, ainda, que possui uma concepção política autoritária e uma teoria da penal conservadora.

Também em relação a Kant, não se pode dizer que Jakobs adotou de sua doutrina apenas a possibilidade de “separação” dos indivíduos em *pessoas/cidadãos* e *não pessoas/inimigos*, pois essa “possibilidade”, tal qual ocorre em Hobbes, não é um fato isolado em sua filosofia, mas inserido numa construção filosófica que se inicia com o estado de natureza e finaliza com uma sugestão de “paz perpétua mundial”, baseada no frágil argumento da boa vontade.

Desse modo, inclusive pelas coincidências de suas filosofias, as críticas dirigidas a Hobbes são aproveitadas contra Kant, principalmente pelo caráter autoritário e absoluto de ambas as teorias.

Sendo assim, a crítica filosófica do *Direito Penal do Inimigo* não se restringe apenas a Kant ou Hobbes, mas sim ao autoritarismo que permeia as idéias de todos os autores por ele adotados.

Devemos nos atentar que, na tentativa de resolver um problema do presente com um remédio do passado, Jakobs simplesmente desconsidera o momento histórico para os quais aquelas idéias foram propostas e, conseqüentemente,

³²⁵ Conforme ensina Jacy de Souza Mendonça, há que se mencionar que na doutrina de Kant, em virtude de seus métodos, a realidade fica restrita a uma explicação completamente subjetivista e formal da realidade, tendo como resultado “uma trágica limitação ao fenômeno”. In: MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito: o homem e o direito*. São Paulo: Quartie Latin, 2006. p. 180.

descarta a evolução pela qual a Filosofia, a Política, o Estado, a Liberdade, o Direito, o Direito Penal, enfim, a humanidade, de forma geral, passou.

Nesse sentido, no âmbito do Direito Penal, citando Hassemer, peremptória a afirmação de Alejandro Aponte:

[...] no marco da análise da atuação de um Direito Penal do Inimigo se encontra que a tendência eficientista nele presente é "anacrônica". De acordo com isso ela "remete a um tempo da filosofia penal do direito e teoria criminal política pré-modernas que somente percebiam ao criminoso como um descumpridor de normas, como o "estranho" de que havia que desfazer-se. A tradição moderna, ao contrário, forjada dentro da filosofia política da época das luzes, esteve em capacidade de justificar os direitos humanos e do cidadão como fundamentos de Direito Penal e Direito Penal Processual, e permitir observar ao criminoso como partícipe do contrato social.³²⁶,³²⁷

Ainda, não obstante o "anacronismo" de tal postura de Jakobs, há o fato de que adotando apenas filósofos do contrato social e mantendo a discussão na questão da obediência e desobediência às normas, deixa-se de considerar que talvez haja uma relação conflitiva entre as pessoas ou, outrossim, entre as pessoas e os conteúdos das normas penais.

³²⁶ APONTE, Alejandro. *Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*. In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 172.

³²⁷ Ainda, comentando o trecho supra o próprio autor declara: "Talvez não seja hoje "anacrônico", na época de um Direito Penal eficientista, e na época pós-moderna (que paradoxicamente pode instaurar sistemas penais pré-modernos), pensar ainda na opção tomada por Liszt, ao conceber ao "Código Penal a Magna Carta do delinqüente"

Sintetizando, Jakobs simplesmente desconsidera a concepção, que predomina atualmente em relação à sociedade, do modelo de conflito social.³²⁸

Seguindo, conforme sustenta Xacobe, a escolha de contratualistas não é casual, mas proposital em virtude das idéias a eles inerentes, especificamente com relação ao poder, já que, quando periclitada a fundamentação divina do poder, os filósofos precisaram fundamentar o poder terreno em outra instituição, utilizando-se do contrato social como razão para justificar a obediência aos governos³²⁹. Logo, a razão do poder do soberano deixou de ser Deus e passou a ser o *Contrato*.

Entretanto, para o *Direito Penal do Inimigo* o contratualismo não é suficiente, pois a questão não se resume apenas em legitimar a autoridade do soberano no *contrato*³³⁰, mas também em fundamentar a impossibilidade de resistência e desobediência ao soberano.

Nesse sentido, a escolha de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant não é apenas aleatória ou exemplificativa, mas sim, cuidadosa, pois todos eles, além de sustentarem a origem do poder político no contrato social, negam veementemente qualquer possibilidade de resistência ou de oposição dos súditos ao soberano.³³¹

³²⁸ ALLER, Germán. *El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 104.

³²⁹ FREIXEDO, Xacobe B. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p. 285

³³⁰ Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant fundamentam a autoridade do soberano no contrato social, entretanto, quando admitem a existência do *inimigo*, o contrato já não tem mais efeitos. Assim, quando se comunicam com os inimigos, regressam ao *estado de natureza*, onde as hostilizações são ilimitadas.

³³¹ Nesse sentido, interessante a colocação de Xacobe Batisda Freixedo no seguinte trecho: “Sobre tudo, chama a atenção a ausência de Locke, também teórico do contrato social, que em sua *Carta sobre a tolerância* (1989) exclui como inimigos aos ateus e lhes nega um trato tolerante – também sobre uma base contratualista-: “promessas juramentos alianças, que são os laços da sociedade

Percebe-se, portanto, que a estrita obediência (exigida dos súditos por esses filósofos) tem estreita ligação com a *segurança cognitiva* (exigida dos cidadãos por Jakobs), de forma que, tanto para àqueles quanto para o professor de Bonn, quem deixa de prestá-la não merece mais ser tratado como súdito/cidadão, mas sim como *inimigo*.

Agindo dessa forma, parece que Jakobs tenta alcançar com o *Direito Penal do Inimigo* o mesmo objetivo pretendido com o seu *funcionalismo*: a estrita manutenção da ordem reinante, sob o fundamento de que mantém a segurança³³².

humana não podem ter validade para um ateu. A supressão de Deus dissolve tudo". Mas resulta que Locke concebia um Direito de resistência (falava de *trust*, confiança, não de contrato entre a sociedade e o soberano; quando se rompia a confiança, quando não se garantia a preservação da propriedade e da segurança, rompia-se o acordo). In: FREIXEDO, Xacobe B. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p. 288.

³³² Nesse sentido afirma Xacobe: "Parece que Jakobs está sobre tudo interessado na justificação do *statu quo*, na legitimação do *quieta non movere*, no enaltecimento da segurança e da ordem em seu conteúdo concreto". In: FREIXEDO, Xacobe B. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Coordenação de Cancio Meliá e Gómez-Jara Diez. Buenos Aires: IBdeF Editorial. p.288.

4 - CIDADANIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Após uma análise crítica dos anacrônicos pressupostos filosóficos em que Günther Jakobs lastreia sua teoria do Direito Penal do Inimigo, passemos agora a outra análise crítica: A compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com a noção de Cidadania e, conseqüentemente, Direitos Fundamentais.

Falar sobre “cidadania” é uma tarefa deveras complexa³³³, principalmente pelo fato de ser possível abordar o tema sob diferentes perspectivas e também pela sua característica multiconceitual.

Assim, é possível referir-se à “cidadania” como sinônimo de nacionalidade, como quando se diz que alguém tem cidadania italiana, por exemplo; é também possível falar de cidadania como o direito de votar (cidadania ativa) e ser votado (cidadania passiva), ou seja, apenas como possibilidade de participação política em determinado Estado, como também é possível que se trate da cidadania como um conjunto de deveres e direitos inerentes a determinadas pessoas dentro de um Estado.³³⁴

Para o contexto do presente estudo - confrontação do Direito Penal do Inimigo com a Cidadania - adotaremos o conceito mais amplo de cidadania, qual seja, como

³³³ Conforme afirma Carlos Zeron: “é curioso notar que o Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, que é também um dicionário histórico, não contém um verbete sobre “cidadania”, ou outro termo correlato. In: PINSKY, Jaime; Pinsky, Carla B. (Org.). História da cidadania. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 98.

³³⁴ Conforme afirma Jorge Miranda: “Cidadania é a qualidade de cidadão. E por este motivo, a palavra “nacionalidade deve ser afastada, porquanto menos precisa.[...]Cidadania significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. Foi nesta perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu após a Revolução Francesa. E se, por vezes, parece reservar-se o termo para a cidadania activa, correspondente à capacidade eleitoral, a restrição acaba por radicar ainda na

conjunto de direito e deveres das pessoas em relação ao Estado, focando, principalmente, nos direitos que a cidadania garante a essas pessoas, servindo como limite, principalmente, ao arbítrio do próprio Estado.

Aproveitaremos, no sentido de estabelecer uma limitação ao conceito de cidadania, o seguinte conceito de Maria Victoria de Mesquita Benevides:

Os direitos da cidadania, também filiados à mesma experiência histórica, são aqueles estabelecidos pela ordem jurídica de um determinado Estado e, juntamente com os deveres, restringem-se aos seus membros; os direitos do cidadão englobam direitos individuais, políticos e sociais, econômicos e culturais e, quando são efetivamente reconhecidos e garantidos podemos falar em “cidadania democrática”, a qual pressupõe, também, a participação ativa dos cidadãos nos processos decisórios da esfera pública.³³⁵

Assim, neste sentido, trataremos de cidadania sempre no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, antes disso, necessário um resgate histórico da evolução da cidadania para compreensão de seu fenômeno.

Em sua concepção atual, ou seja, nos Estados-nacionais contemporâneos, a cidadania é um fenômeno único na História. Não se pode falar que a cidadania contemporânea é uma continuação daquela cidadania do mundo antigo (Grécia, Roma e etc.), nem que há uma repetição daquela experiência e tampouco que houve um desenvolvimento progressivo que unisse o mundo contemporâneo ao

mesma ideia. In: MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 205.

³³⁵ BENEVIDES, Maria V. M. *Cidadania, direitos humanos e democracia*. In: Universidade Presbiteriana Mackenzie. Faculdade de Direito. Diretório Acadêmico João Mendes Júnior. *Fronteiras do direito contemporâneo*. São Paulo, 2002. p. 111.

antigo, simplesmente porque são mundos diferentes, com sociedades diferentes, nos quais pertencimento, participação e direitos tem sentidos completamente diversos³³⁶.

Assim, alguns autores apontam que a noção de cidadania, tal a qual conhecemos, começa a surgir ao final do feudalismo, quando uma nova percepção do mundo exige questionamentos acerca do sistema estamental de privilégios e acerca da fundamentação das desigualdades entre os homens como fato natural e divino. De modo que floresce, conjuntamente com essa consciência, a insatisfação dos homens em apenas habitarem uma cidade, já que os novos tempos exigem que estes homens passem a ter também direitos nesta mesma cidade e não só deveres.³³⁷

Para esses autores, portanto, a moderna cidadania tem seu gérmen no século XVII, especificamente entre os anos de 1640 e 1688, época em que se deu a Revolução Inglesa.

Entretanto, não se nega que o produto dessa revolução é uma “cidadania liberal”, que apesar de ter sido o primeiro passo para romper com o binômio soberano-súdito, onde o último só tinha deveres e o primeiro direitos, era ainda uma cidadania completamente limitada e excludente³³⁸, que diferenciava entre “cidadãos ativos” e “cidadãos passivos”, “cidadãos com posse” e “cidadãos sem posse”, não

³³⁶ GUARINELLO, Norberto L. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 29.

³³⁷ MONDAINI, Marco. *O Respeito aos direitos dos indivíduos*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 131.

³³⁸ O artigo 11 da *Bill of Rights* falava que os jurados que decidiam sobre a sorte das pessoas deveriam ser livres proprietários de terras. Em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_1689, consultado em 24 de abril de 2008.

atingindo o seu valor universal para a totalidade dos homens em termos de igualdade.³³⁹

Já forjado um conceito, ainda que restritivo, de cidadania, houve uma boa cooperação dos Estados Unidos da América³⁴⁰ para o seu aperfeiçoamento, especialmente por relacioná-lo, visceralmente, à idéia de liberdade. Liberdade essa que deve ser compreendida como um mecanismo de defesa individual tanto em relação ao Estado quanto em relação aos outros indivíduos.³⁴¹

Entretanto, é com a Revolução Francesa em 1789, especificamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a cidadania ganha sua forma mais perfeita, mas ainda passível de enorme aperfeiçoamento imposto pela evolução histórica.

A Declaração francesa difere da americana, principalmente, pelo fato da segunda pretender ser universal, isto é, uma declaração dos direitos civis dos homens, de todos eles, sem qualquer tipo de distinção em relação ao país, povo ou etnia a que pertençam. Busca, assim, ser universal e englobar toda a humanidade.³⁴²

Durante a Revolução Francesa, portanto, o conceito de cidadania é ampliado à universalidade, reforçado no seu sentido de liberdade e acrescentado na igualdade,

³³⁹ MONDAINI, Marco. *O Respeito aos direitos dos indivíduos*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 131.

³⁴⁰ Tal construção se deu com base em documentos como Declaração de Independência de 1776, as Dez Primeiras Emendas e o *Civil Rights Act* de 1964.

³⁴¹ KARNAL, Leandro. *Estados Unidos, liberdade e cidadania*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 151.

³⁴² ODALIA, Nilo. *A Liberdade como meta coletiva*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 167 e ss.

conforme a redação do artigo primeiro da Declaração que prevê: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”.

Assim, o novo homem que daí nasce é o novo cidadão, entendido desta forma todo e qualquer homem que tem direito à liberdade e igualdade.

Em tempos mais recentes, os mesmos princípios continuam sendo afirmados, como por exemplo na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948 que afirma: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos...” e na afirmação de Hans Kelsen: “The statement that all men are born free and equal is expressly a doctrine of natural law”.³⁴³

Não se nega, em absoluto, que essa igualdade e liberdade foram e ainda são em muitos momentos, apenas formais. Entretanto, somente o fato de existirem formalmente já representa um grande avanço frente aos privilégios e desigualdades do regime anterior.

Nesse sentido, são as palavras de Vera Regina Pereira de Andrade:

Com efeito, uma vez que a cidadania evoca a igualdade perante a lei, implica que cada cidadão é portador de direitos – e obrigações – formalmente iguais (e só postula direitos iguais aos de todos os outros cidadãos). Em conseqüência, tem direito a postular justiça individual, isto é, a defender a afirmar direitos em termos de igualdade com os demais, podendo recorrer a procedimentos juridicamente estabelecidos, para amparar-se frente a possíveis arbitrariedades de outros cidadãos e das instituições estatais – cujo poder é fundamentado, por sua vez, na própria igualdade abstrata de

³⁴³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 449.

cidadania. Nesse movimento, o sujeito social privado regressa, enquanto cidadão, ao nível público-estatal.³⁴⁴

E, mesmo que seja muito difícil, ou mesmo impossível, que se materialize de forma universal a igualdade e liberdade, tal situação serve de modelo ideal que deve sempre ser buscado.

Assim, a cidadania é um fenômeno histórico que encontra determinada configuração em determinado momento no tempo, não sendo possível falar em um conceito universal que significasse a mesma coisa em todas as sociedades e em todos os tempos. Porém, em sua evolução ao longo dos séculos, formou-se um núcleo mínimo do que para todos seria a cidadania, ao menos em relação às sociedades ocidentais.³⁴⁵

Nesse sentido, imperioso trecho retirado da clássica obra de T. H. Marshall, *Cidadania, Classe Social e Status*:

Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação a qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida.³⁴⁶

No mesmo sentido, afirma José Murilo de Carvalho:

³⁴⁴ ANDRADE, Vera R. P. *Cidadania: dos direitos aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 60.

³⁴⁵ Assim, embora existam direitos da cidadania que somente são previstos por um determinado Estado, como por exemplo, o direito à Ação Popular previsto em nosso ordenamento, existem outros que são comuns a todos os Estados, ou pelo menos a todos os Estados de Direito, como, por exemplo, a liberdade de expressão e o devido processo legal.

Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem de servir de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico.³⁴⁷

Por outro lado, não se pode sustentar que a Cidadania se esgote na pretensão de universalidade da liberdade e da igualdade, pois, na verdade, esse tripé sustenta uma estrutura muito maior, que abrange a própria Cidadania, que são os direitos humanos.

Porém, para alcançarmos esse entendimento, necessário que entendamos a análise realizada por T. H. Marshall, que para estudar a cidadania dividiu-a em três elementos: civil, político e social.³⁴⁸

O elemento civil é composto dos direitos necessários ao exercício da liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento, fé, direito à propriedade, de concluir contratos válidos e o direito à justiça, sendo que este último diferencia-se dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade e pelo devido processo legal. Assim, a instituição que mais se liga aos direitos civis é o Tribunal de Justiça.

O elemento político compreende o direito de participar no exercício do poder, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como eleitor desses membros. A instituição com a qual se relaciona é o parlamento.

³⁴⁶ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Merton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 76.

³⁴⁷ CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 09.

³⁴⁸ MARSHALL, T. H. op. cit., p. 76.

Por fim, o elemento social se refere a tudo que engloba desde o direito a um mínimo de bem estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. Relaciona-se às instituições do sistema educacional e dos serviços sociais.

Ensina, ainda, Marshall, que nos velhos tempos esses três direitos estavam fundidos num só, posto que as instituições com as quais se relacionam estavam “amalgamadas”, não havendo, portanto, cidadania, nos termos em que a conhecemos, pois havia distinção de classes e o status era a medida da desigualdade.

Porém, quando as instituições das quais os três elementos da cidadania dependiam se desligaram, tornou-se possível que cada uma seguisse seu próprio caminho com velocidade e princípios próprios, sendo que somente se reaproximaram, na opinião do referido autor, no início da década de 60.

A separação entre os elementos foi tão radical que foi possível estabelecer, sem distorcer os fatos, o período de formação de cada um a um século diferente, sendo que aos direitos civis coube o século XVII, aos políticos o século XIX e aos sociais o século XX.³⁴⁹

No que se refere ao desenvolvimento histórico de cada um desses direitos, ficaremos apenas no âmbito dos direitos civis, os mais caros ao nosso estudo.

³⁴⁹ Necessário salientar que Marshall desenvolveu seu estudo levando em consideração a história da cidadania na Inglaterra, onde seu desenvolvimento seguiu a seguinte ordem: direitos civis, direitos

Segundo Marshall, a história dos direitos civis é caracterizada pela adição gradativa de novos direitos a um *status* já existente e que pertencia a todos os membros adultos da comunidade. Esse caráter democrático ou universal originou-se do fato de que na Inglaterra do século XVII todos os homens já eram livres. Daí em diante, todos os ingleses são membros de uma sociedade na qual há, pelo menos, uma lei para todos os homens.

Assim, à conquista dos direitos civis, conforme salientado, seguiram-se as conquistas dos direitos sociais e dos direitos políticos, sempre no sentido de ampliar o conceito de cidadania, que conforme salientou o próprio Marshall: “Seu desenvolvimento (cidadania) é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos”.

Desse modo, é lícito afirmarmos que a cidadania, além de universal³⁵⁰, impõe a existência da liberdade e igualdade entre os homens e, ainda, é composta, em sua forma mais simples, pelos direitos civis, políticos e sociais.

Esses direitos civis, políticos e sociais, pressupostos da cidadania plena, correspondem, exatamente, aos próprios direitos humanos fundamentais³⁵¹.

políticos e sociais, que o próprio autor disse não se tratar apenas de uma seqüência cronológica, mas também lógica.

³⁵⁰ Importante lembrar que o caráter de universalidade é relativizado pelo próprio conceito histórico de cidadania. Nas palavras de Maria V. M. Benevides: “O que deve ficar claro [...] é que, embora existam em todos os países, direitos de cidadania não são universais no seu conteúdo, são direitos específicos dos membros de um determinado Estado, de uma determinada ordem jurídico-política” (Em *Cidadania, Direitos Humanos e Democracia. Em Fronteiras do Direito Contemporâneo*. Publicação do Diretório Acadêmico João Mendes Junior da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2002. P.119). Assim, o conceito de cidadania não comporta exatamente a mesma dimensão na Inglaterra, no Brasil e na Guatemala. Entretanto, não se pode negar que há um mínimo necessário que não pode ser desrespeitado em quaisquer desses lugares, pois é o mínimo coincidente com os direitos humanos, que são universais.

³⁵¹ Nesse ponto é necessário que faça um alerta sobre a questão terminológica, pois muitas têm sido as expressões utilizadas para denominar uma mesma realidade, qual seja, os direitos fundamentais. Neste sentido, conforme salienta André Ramos Tavares, “são indistintivamente empregadas as

Tanto é assim, que a clássica classificação doutrinária dos Direitos Fundamentais os apresenta como de primeira, segunda e terceira geração. Os de primeira correspondem exatamente aos direitos civis e políticos e os de segunda aos direitos sociais, de forma que impossível não reconhecer que o conteúdo da cidadania e dos direitos fundamentais é exatamente o mesmo, posto que ambos têm como pressuposto de existência os mesmos elementos: a liberdade e a igualdade.

Nesse sentido, cabe a transcrição de trecho do voto de Celso de Mello, onde essa relação é explicitada:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade [...]³⁵²

Assim, abandonando a visão Liberal de cidadania, onde esta era encarada como *status*, Maria Victoria de Mesquita Benavides relaciona a liberdade e a igualdade, pressupostos da cidadania, com os direitos humanos ao afirmar que:

As três dimensões históricas dos direitos humanos – as quais se confundem, de certa forma, com as etapas históricas da cidadania,

seguintes expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos dos homens, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”. (In: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 446.) No presente estudo, as expressões serão utilizadas como sinônimos, pois apesar das diferenças entre elas, estas não são suficientes para descaracterizar o mais importante: que formam um núcleo de direitos intangíveis.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula no. 22.164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39. In: MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

englobam e enfeixam os três ideais da Revolução Francesa: o da liberdade, o da igualdade e o da fraternidade ou solidariedade.³⁵³

Quando falamos em cidadania democrática, automaticamente supomos a vigência de direitos humanos; não há democracia sem garantia dos direitos humanos e vice versa.³⁵⁴

De forma que, atualmente, ao falarmos à respeito das Dimensões da Cidadania, necessariamente devemos falar de respeito aos direitos humanos, já que possuem um núcleo em comum, e da existência de um Estado Democrático de Direito, já que só aqui a cidadania encontra terreno fértil para seu desenvolvimento.

Nesse sentido, importante a observação de André L. Callegari e Fernanda A. Dutra:

O reconhecimento, respeito e garantia de um rol de direitos básicos ao cidadão se constitui na base de qualquer sistema democrático. Quanto mais se respeitam as garantias fundamentais, mais democrático um Estado será.³⁵⁵

Ora, se o conceito Cidadania pretende ser universal e garantir a liberdade dos homens, em relação ao Estado e em relação aos outros, bem como a igualdade entre esses mesmos homens, essa mesma Cidadania não admite que uns sejam mais humanos que outros, tampouco que uns tenham mais direitos que outros.

³⁵³ BENEVIDES, Maria V. M. Cidadania, *direitos humanos e democracia*. In: Universidade Presbiteriana Mackenzie. Faculdade de Direito. Diretório Acadêmico João Mendes Júnior. *Fronteiras do direito contemporâneo*. São Paulo, 2002. p.130.

³⁵⁴ Ibidem. p.111.

³⁵⁵ CALLEGARI, André L.; DUTRA, Fernanda A. *Derecho penal del enemigo e derechos fundamentales*. In: MELIÁ, Cancio; Díez, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 323.

Logo, ao permitir a diferença de tratamento entre pessoas, ou pior, a classificação das pessoas em “cidadãos” ou “não-cidadãos”, simplesmente despreza-se toda a conquista histórica da Cidadania.

Assim, ao voltarmos para o Direito Penal do Inimigo, cuja pedra angular é a possibilidade da separação dos indivíduos, mesmo no âmbito de um determinado Estado, em “pessoas” e “não-pessoas”, ou melhor, em “cidadãos” e “inimigos”, sendo que para cada uma dessas “classes” há previsão de um Direito Penal distinto, percebemos claramente que tal teoria é completamente incompatível com o ideário de Cidadania.

Ora, a distinção realizada por Jakobs, frise-se, ponto principal de sua teoria, sem o qual esta não subsiste e perde toda a razão de ser, despreza por completo a liberdade e a igualdade entre os homens.

A liberdade é desrespeitada quando se permite que o Estado, frente ao “inimigo”, adiante a punibilidade e puna os atos preparatórios como se consumados fossem, bem como quando aplica penas desproporcionais e desrespeita o devido processo legal.³⁵⁶

A igualdade também é ignorada pelo simples fato de se pretender instituir, no interior de um único Estado, duas classes de pessoas: “cidadãos” e “inimigos”,

³⁵⁶ Embora esse estudo tenha um cunho predominantemente teórico, inegável que o Direito Penal do Inimigo já tenha encontrado aplicação prática, fato que deixa muito claro o desrespeito à liberdade, como demonstra o seguinte trecho de Dworkin: “Los prisioneros de Guantánamo también están siendo mantenidos presos indefinida y sigilosamente, sin acceso a abogados, em circunstancias que serían intolerables mesmo si fuesen criminosos condenados.” In: CALLEGARI, André L.; DUTRA, Fernanda A. *Derecho penal del enemigo e derechos fundamentales*. In: MELIÁ, Cancio; Díez, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdef Editorial, 2006. p. 336.

sendo que para cada uma delas, pelos mesmos fatos, o cometimento de crimes, dispensa-se tratamentos completamente diversos.

Conseqüentemente, em virtude da relação entre eles, ao desrespeitar a Cidadania, o Direito Penal do Inimigo despreza também os direitos humanos e o próprio Estado Democrático de Direito, pois estes são direitos que devem ser garantidos para todos e não somente àqueles escolhidos pelo Estado.

Nesse sentido, fazemos nossas as palavras de Bernardo Feijoo Sanchez, que após dissertar sobre o tema conclui:

O Direito Penal do inimigo tal e como foi formulado por Jakobs é incompatível com nosso vigente Estado Democrático de Direito. Resulta não só perigosa senão totalmente errônea a idéia de que os direitos fundamentais e certas garantias, próprios do dito sistema, são somente para aqueles que os ganham.³⁵⁷

Não se pode olvidar que em muitos outros momentos históricos, sempre por “motivos nobres”, como a segurança pública almejada por Jakobs, houve a separação das pessoas em classes e a conseqüente restrição dos direitos e garantias fundamentais. Assim foi na Alemanha de Hitler, na Itália de Mussolini e na Rússia de Stálin, onde ocorreram episódios que envergonham a humanidade. Outrossim, o mesmo ocorreu nas recentes ditaduras da América Latina (Argentina, Chile, Brasil e etc) e na Europa (Portugal e Espanha).

³⁵⁷ SÁNCHEZ, B. Feijoo. *El derecho penal del enemigo y el estado democrático de derecho*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006. p. 838.

Assim, sendo incompatível com a noção de Cidadania, direitos humanos e Estado Democrático de Direito, o Direito Penal do Inimigo é uma teoria que deve ser rechaçada, pois apresenta um enorme retrocesso para história da humanidade, que ao longo dos séculos busca alcançar a liberdade e a igualdade plenas.

CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo, em virtude da amplitude dos temas que comporta, é um tema que pode ser analisado sob as mais variadas perspectivas.

Trata-se de uma teoria que foi “resgatada” em um momento muito delicado do cenário político-criminal, onde, por todo o mundo, as mais variadas formas de criminalidade : terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de pessoas, tráfico de armas, criminalidade sexual, organizações criminosas paramilitares, etc; vem se desenvolvendo e alcançando patamares assustadores.

Em conseqüência disso, o Direito Penal do Inimigo reaparece como a resposta mais eficiente para barrar esse desenvolvimento da criminalidade, pois, ao encarar esses “criminosos especiais” como “inimigos”, permite que o Estado aja prontamente, sem a observância dos limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais e princípios do Direito Penal, no sentido de neutralizá-los em nome da Segurança Nacional, ou até mesmo, Internacional.

Assim, coexistem no interior de um mesmo Estado duas qualidades de pessoas “cidadãos” e “inimigos” , conseqüentemente, duas qualidades de Direito Penal – O “Direito Penal do Cidadão” e o “Direito Penal do Inimigo”.

Essa panacéia para os problemas da criminalidade, ao nosso olhar, após a realização do presente estudo, simplesmente não pode subsistir no atual estágio da evolução humana, quando, após muitas lutas, chegou-se ao consenso de um

mínimo de respeito que qualquer ser humano, seja ele “cidadão” ou “inimigo”, merece ter garantido.

Neste estudo, após a análise das Teorias sobre a Legitimação do Direito Penal foi possível localizar epistemologicamente a teoria da pena de Günther Jakobs e, a partir desta, compreender sua reelaboração do Direito Penal do Inimigo.

Entendida a gênese da referida Doutrina, foi possível estudar seu desenvolvimento através das últimas décadas do século passado, bem como estabelecer seus fundamentos e características e a forma como é atualmente encarado pela Dogmática Penal.

De forma crítica, analisou-se o conceito de Direito Penal do Inimigo, especificamente no que se refere aos seus pressupostos filosóficos, no sentido de se descobrir se as idéias utilizadas seriam capazes de sustentar tamanho peso em seus ombros.

Apresentada que foi a evolução da Cidadania, estudou-se a possibilidade de relacionamento e coexistência do seu atual conceito com o Direito Penal do Inimigo.

Assim, após essas análises, o presente estudo chegou às seguintes conclusões:

- 1- Apenas após o período Humanitário, iniciado com a publicação de *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria, é que se pode falar em Direito Penal da forma em que o vivenciamos.
- 2- Mesmo havendo um consenso de que o período Humanitário inaugurou um novo tempo para o Direito Penal, até hoje não existe

consenso sobre a sua legitimidade/necessidade, pois há teorias que o legitimam e teorias que o deslegitimam. As principais teorias deslegitimadoras do Direito Penal são o Abolicionismo Penal e o Minimalismo Radical. As teorias legitimadoras são aquelas que impingem funções ao Direito Penal, especificamente, à pena e dividem-se em Retributivas e Preventivas.

- 3- As teorias Retributivas, ou Absolutas, encaram a pena como um fim em si mesmo, sem atribuir a esta qualquer função instrumental. Entre elas estão a retribuição Moral de Kant e a retribuição Jurídica de Hegel.
- 4- As teorias Preventivas, ou Relativas, enxergam a pena como um instrumento para se prevenir novos crimes. Dividem-se em: Prevenção Geral e Prevenção Especial, sendo que a primeira busca, através da aplicação da pena, evitar que as demais pessoas da sociedade cometam crimes, a segunda busca impedir que o próprio apenado seja um reincidente.
- 5- Tanto as teorias da Prevenção Especial quanto da Geral admitem uma subdivisão em positiva e negativa. Assim, a Prevenção Especial Positiva busca a ressocialização do apenado para que, ao voltar ao convívio social, não cometa novos crimes, e a Negativa busca garantir que enquanto este esteja preso não tenha possibilidade delinquir. Já a Prevenção Geral Negativa busca, através da pena, intimidar os demais cidadãos para que não cometam crimes; a Positiva busca mostrar inculpir nos cidadãos a consciência jurídica de que a lei estatal funciona, está em vigor e a ela devem ser fiéis.
- 6- Nos últimos tempos, a teoria da Prevenção Geral Positiva ganhou nova subdivisão: Limitadora e Fundamentadora. A primeira dá à pena, além da função da vigência da norma, a função de limitar o poder punitivo estatal. Para a segunda, basta como função da pena a simples manutenção da vigência da norma. A teoria da pena de

Günther Jakobs, conhecida como Funcionalismo Penal, é classificada e tida como o exemplo principal de Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora.

- 7- Para o Funcionalismo Penal a sociedade é um contexto de comunicação e somente através desta é possível sua manutenção. O crime, conseqüentemente, é entendido como uma falha na comunicação entre o Direito e o delinqüente. A pena, por sua vez, ao ser aplicada, restabelece a comunicação e mostra ao infrator que a lei continua vigente.
- 8- Para o Funcionalismo é imprescindível que as pessoas dêem uma segurança de seu comportamento pessoal – *segurança cognitiva* – para que seja possível a comunicação. Quem não presta essa segurança, não permite a comunicação, tornando inútil a aplicação da pena.
- 9- O Funcionalismo Penal é que permite o surgimento do “inimigo”, entendido como tal aquele que não presta uma segurança pessoal de seu comportamento.
- 10-O “inimigo” é aquele que não só de maneira incidental, mas de maneira duradoura, abandona o direito e não dá mais garantias de seu comportamento pessoal.
- 11-As características do Direito Penal do Inimigo são: 1-Adiantamento da Punibilidade; 2-Falta de redução da pena em virtude do adiantamento; 3-Passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de luta; 4- Supressão de Garantias Processuais.
- 12-O Direito Penal do Inimigo é encarado como conseqüência da tendência mundial conhecida como “Expansão do Direito Penal”.

- 13-Idéias parecidas com as do atual Direito Penal do Inimigo estiveram presentes em diversos momentos do pensamento político-filosófico, antes mesmo da Modernidade.
- 14-Jakobs busca sustentação filosófica para sua teoria em Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Em relação a Rousseau e Fichte a abordagem de Jakobs foi demasiadamente simples, o que resultou em interpretações tendenciosas.
- 15-Hobbes e Kant foram os principais pilares em que Jakobs apoiou sua teoria, embora referidos autores tenham um caráter extremamente autoritário, fato que contaminou a teoria do Direito Penal do Inimigo e a tornou anacrônica.
- 16-A Cidadania é uma construção histórica e multiconceitual que foi forjada ao longo dos séculos e obteve grandes vitórias com as Revoluções Inglesa, Francesa e Americana
- 17-A Cidadania e os Direitos Humanos possuem um núcleo comum de direitos, que se relacionam com a liberdade, igualdade e universalidade, quais sejam, os civis, políticos e sociais.
- 18-O conceito Liberal de Cidadania, teorizado por Marshall, já se encontra superado, pois atualmente a cidadania não é mais vista como um *status*, mas sim como um fato que pretende a universalidade.
- 19-O Direito Penal do Inimigo é incompatível com o conceito de Cidadania, tanto o Liberal quanto o atual, posto que realiza uma distinção entre as pessoas.
- 20-O Direito Penal do Inimigo é incompatível com os Direitos Humanos e com o Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deve ser rejeitado, visto que representa um retrocesso na evolução da humanidade

REFERÊNCIAS

ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do Estado. v.2. Filósofos da Idade Moderna*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria. F. C. Bottallo. São Paulo: Redeel, 2007.

ALLER, Germán. *El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

AMBOS, Kai. *Derecho penal del enemigo*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

ANDRADE, Vera R. P. *Cidadania: dos direitos aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

APONTE, Alejandro. *Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950. t. 1

BALESTRA, C. Fontán. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. t. 1

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BENEVIDES, Maria V. M. *Cidadania, direitos humanos e democracia*. In: Universidade Presbiteriana Mackenzie. Faculdade de Direito. Diretório Acadêmico João Mendes Júnior. *Fronteiras do direito contemporâneo*. São Paulo, 2002.

BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tratado de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BODENHEIMER, Edgard. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONESANA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Alexis A. C. Brito. São Paulo: Quartien Latin, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
t. 3

CALLEGARI, André L.; DUTRA, Fernanda A. *Derecho penal del enemigo e derechos fundamentales*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CONDE, Muñoz. *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. *Derecho penal e control social*. [S.l.]: Fundação Universitária de Jerez. 1985.

CRESPO, Eduardo Demétrio. *Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”*. In: BRITO, Alexis Augusto de Couto; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DAL RI, Arno Junior. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DOTTI, René A. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social: os pensadores*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Tradução de Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996.

FEUERBACH, P. J. Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*. Tradução ao espanhol por E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FICHTE, Johann Gottlieb; In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FÖPPEL, H. Gamil. *A função da pena na visão de Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 1, t. 1

GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 56, 2005.

GUARINELLO, Norberto L. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

HOULSMAN, Louk. *Curso livre de abolicionismo*. Coordenação de Edson Passeti. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo ¿Um estudio acerca de los Presupuestos de la juridicidad?* In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

_____. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Tradução de André Luis Callegari. In:

_____. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: CONDE, Francisco. M. (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. [S.l.: s.n.]

_____. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006.

_____. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, Manole. 2003.

_____. *Terroristas como Personas en Derecho?* In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

_____. MELIÁ, M. Cancio. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *Metafísica dos costumes: parte 1*. Tradução para o português de Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

KARAM, M. Lúcia. *Curso livre de abolicionismo*. Coordenação de Edson Passeti. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KARNAL, Leandro. *Estados Unidos, liberdade e cidadania*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

LYRA, Roberto F. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. 2. ed. Colômbia: Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 2000. v.1

MARQUES, O. H. Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Merton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTIN, Luis Gracia. *O Horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____,: *Prolegômenos para a Luta pela Modernização e Expansão do Direito Penal e para a Crítica do Discurso de Resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito: o homem e o direito*. São Paulo: Quartie Latin, 2006.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Tradução do alemão por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONDAINI, Marco. *O Respeito aos direitos dos indivíduos*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

NEUMAN, Ulfried. *Derecho penal del enemigo*. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v.1

ODALIA, Nilo. *A Liberdade como meta coletiva*. . In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

PASSETI, Edson. *Curso livre de abolicionismo*. Coordenação de Edson Passeti. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PINSKY, Jaime; Pinsky, Carla B. (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*. Peru: Jurídica Grijley, 2006.

PRADO. Luis R. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo, Revista dos tribunais, 2007. v.1

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, 2004.

PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. In: MARQUES, O. H. Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1956.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. Editora Martin Claret. São Paulo: s.n, 2007.

SANCHEZ, B. Feijoo. *El derecho penal del enemigo y el estado democrático de derecho*. In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: IBdeF Editorial, 2006.

SANCHEZ, Jésus Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luis Otávio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio S. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SODRÉ, A. Moniz de Aragão. *As três escolas penais*. 6. ed. São Paulo: Freitas Barros, 1955.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho pena: parte general 1*. Tradução ao espanhol por Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLE, Carlos Perez Del. *Sobre los origenes del "derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau*. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n.75, 2001.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Tradução de Bustos Ramirez. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993. In: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Introducción a la filosofia del derecho*. [S.l.]: Editorial Ib de F. Lanús Este. 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *O Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_1689>
Acesso em: 24 abr. 2008.

<<http://www.ibccrim.org.br/site/forum/forum.php>> Acesso em: 28 nov. 2007.

<<http://www.pauloqueiroz.net>> Acesso em: 25 mar. 2008.