

LAUDEMIRO RAMOS TORRES NETO

**O SISTEMA
PENAL DE
JAKOBS:
AS BASES DO DIREITO
PENAL DO CIDADÃO**

VOLUME 1


OLYVER

**O SISTEMA PENAL
DE JAKOBS:
AS BASES DO DIREITO PENAL
DO CIDADÃO**

VOLUME 1

DIREÇÃO EDITORIAL: Maria Camila da Conceição
DIAGRAMAÇÃO: Luciele Vieira / Jeamerson de Oliveira
DESIGNER DE CAPA: Jeamerson de Oliveira

O padrão ortográfico, o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas do autor. Da mesma forma, o conteúdo da obra é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu autor.



Todos os livros publicados pela Editora Olyver estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

2019 Editora Olyver
Aldebaran | Tv. José Alfredo Marques, Loja 05
Antares, Maceió - AL, 57048-230
www.editoraolyver.org
editoraolyver@gmail.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S148p

TORRES NETO, Laudemiro Ramos

O sistema penal de Jakobs: as bases do direito penal do cidadão (Volume1). [recurso digital]. / Laudemiro Ramos Torres Neto. – Maceió, AL: Editora Olyver, 2022.

ISBN: 978-65-81450-73-1

Disponível em: <http://www.editoraolyver.org>

1. Direito Penal do Cidadão. 2. Jakobs. 3. Sistemas Sociais.
4. Funcionalismo Sistemático. 5. Prevenção Geral Positiva. I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

LAUDEMIRO RAMOS TORRES NETO

**O SISTEMA PENAL
DE JAKOBS:
AS BASES DO DIREITO PENAL
DO CIDADÃO**

VOLUME 1

Maceió-AL |  **OLYVER**
2022

DIREÇÃO EDITORIAL

Maria Camila da Conceição COMITÊ CIENTÍFICO EDITORIAL

Prof. Dr. José Adelson Lopes Peixoto

Universidade Estadual de Alagoas | UNEAL (Brasil)

Prof. Dr. Constantino José Bezerra de Melo

Secretaria de Educação de Pernambuco - SEE-PE (Brasil)

Prof. Dr. Francisco Pereira Sousa

Universidade Federal de Alagoas | UFAL (Brasil)

Prof^a. Me. Francisca Maria Neta

Universidade Estadual de Alagoas | UNEAL (Brasil)

Prof^a Dr^a. Ana Cristina de Lima Moreira

Universidade Estadual de Alagoas | UNEAL (Brasil)

Dr. Moisés Monteiro de Melo Neto

Universidade Estadual de Alagoas | UNEAL (Brasil)

Universidade de Pernambuco | UPE (Brasil)

Prof. Dr. Silóé Soares de Amorim

Universidade Federal de Alagoas | UFAL (Brasil)

Prof^a Dr^a. Urânia Auxiliadora Santos Maia de Oliveira

Universidade Federal da Bahia | UFBA (Brasil)

Prof. Dr. Fernando José Ferreira Aguiar

Universidade Federal de Sergipe | UFS (Brasil)

Prof^a Dr^a. Karina Moreira Ribeiro da Silva e Melo

Universidade de Pernambuco | UPE (Brasil)

Prof^a Dr^a. Iraci Nobre da Silva

Universidade Católica de Pernambuco | UNICAP (Brasil)

Universidade Estadual de Alagoas | UNEAL (Brasil)

Profª. Me. Gisely Martins da Silva

Universidade Estadual de Alagoas | UNEAL (Brasil)

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva

Universidade do Estado da Bahia | UNEB (Brasil)
Universidade Federal de São Carlos | UFSCar (Brasil)

Dra. Ana Maria de Barros

Universidade Federal de Pernambuco, Campus do Agreste da UFPE | (Brasil)

Dra. Ana Maria Tavares Duarte

Universidade Federal de Pernambuco, Campus do Agreste da UFPE | (Brasil)

Dra. Tânia Maria Goretti Donato Bazante

Universidade Federal de Pernambuco, Campus do Agreste da UFPE | (Brasil)

Dra. Soraya Barreto Januário

Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Brasil)
Departamento de Comunicação e PPGDH

Dra. Maria Betânia do Nascimento Santiago

Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Brasil)

Prof. Dr. Lourenço Resende da Costa

Secretaria da Educação e do Esporte do Paraná | SEED (Brasil).

Prof. Dr. Hélder Manuel Guerra Henriques

Professor da Escola Superior de Educação e Ciências Sociais do
Instituto Politécnico de Portalegre (Portugal)

Profª Drª. Maria Aparecida Santos e Campos

Doutorado em Actividad física y salud. Universidade de Jaen, UJAEN,
(Espanha)

Prof. Dr. Diosnel Centurion, Ph.D

Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción | Asunción (Paraguay)

Profª Drª. Marta Isabel Canese de Estigarribia

Universidad Nacional de Asunción, Escuela de Ciencias Sociales y
Políticas | Asunción (Paraguay)

Dedico o resultado deste trabalho a minha esposa, Wanielly Diniz, e a minha filha, Maria Luísa. De igual forma à minha família, aos meus pais, Israel Alves e Maria de Lourdes. Aos meus irmãos, Israel Filho, Cynthia Israela e Izabela Caroline. Aos meus sobrinhos, Thaís Gabriela, Manoel Victor, Guilherme e Ana Liz. Aos meus professores, Adrielmo Moura, Ana Maria Barros e a Paula Rocha. Ao amigo André Martins.

Obrigado por tudo!

Um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2012, p. 47).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1	
O PRIMEIRO PILAR - A SOCIEDADE, O JUSNATURALISMO E O CONTRATO SOCIAL.....	19
1.1. O Jusnaturalismo de Thomas Hobbes.....	22
1.1.1. Algumas considerações sobre a vida e obra de Thomas Hobbes.....	22
1.1.2. O Contrato Social de Thomas Hobbes.....	26
1.3. O Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau.....	30
1.4. O Tratamento dado ao defraudador do Pacto Social.....	35
CAPÍTULO 2	
O SEGUNDO PILAR – A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: O DIREITO COMO ESTABILIZAÇÃO CONGRUENTE DAS EXPECTATIVAS.....	48
2.1. Algumas considerações sobre Niklas Luhmann.....	50
2.2. A Teoria dos Sistemas.....	51
CAPÍTULO 3	
O TERCEIRO PILAR - O FUNCIONALISMO SISTEMÁTICO DE GÜNTHER JAKOBS: O DIREITO PENAL DO CIDADÃO.....	72
3.1. O Conceito de Direito Penal.....	72
3.2. A Evolução do Direito Penal.....	76

3.2.1. Da Vingança Divina à Vingança Pública.....	79
3.3. Escolas Penais.....	84
3.3.1. Da Escola Clássica à Escola Positivista...	88
3.4. O Cenário da Teoria dos Delitos na visão do Causalismo, Neokantismo, Finalismo, e a chegada ao Funcionalismo Penal.....	93
3.4.1. Do Causalismo ao Finalismo.....	93
3.4.2. Do Funcionalismo.....	99
3.4.2.1. Do funcionalismo sistemático de Günther Jakobs.....	102
3.4.2.1.1. Alguns pontos sobre a filosofia do direito de Guilherme F. Hegel.....	106
3.4.2.2. Qual tutela emana do Direito Penal: a proteção de bens jurídicos ou a vigência da norma?.....	112
3.4.2.3. A Natureza Jurídica da Pena – A Prevenção Geral Positiva.....	129
CONSIDERAÇÕES QUE ANTECEDEM A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS.....	135
REFERÊNCIAS.....	140

APRESENTAÇÃO

Um dos temas mais debatidos, e por muitos criticados, diz respeito à temática do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs. Pautado desde as premissas filosóficas, como as dos contratualistas, até as discussões modernas, como o funcionalismo penal, o autor passa a se aventurar em um mundo que rompe com qualquer modelo até então vislumbrado do Direito Penal.

Nessa esteira, a essência desta concepção orbita a ideia de que existiriam duas tendências do citado segmento jurídico, onde de um lado teríamos a figura do Direito Penal do Cidadão, mais abrangente e aplicada a todos, e do outro o Direito Penal do Inimigo, restrita a alguns indivíduos que colocassem em risco, com suas ações, a estrutura social. Decerto, para estes, as normas serão mais invasivas e buscariam uma neutralização da ameaça que surgir em face ao Estado. Deste modo, para melhor compreensão, exemplificaremos a partir da observância da imagem abaixo:

Figura 1 - Representação do Ordenamento jurídico



Fonte: Elaboração própria.

Imagine que todo o plano de fundo da imagem represente o nosso ordenamento jurídico criminal, aqui abarcado por normas de direito material e processual. No centro, temos aquilo que Jakobs considera como um Direito da normalidade, como fonte de comunicação e interação social. Por sua vez, os pequenos círculos são as normas de perfil mais hostil. Nelas, há certo distanciamento das práticas ordinárias de persecução, por vezes, inclusive, afastando-se de alguns Direitos Fundamentais. Sendo este necessário em face da singular ação que se deseja combater, por isso carece de ser bem delimitado, para que assim não tenhamos a exceção se transmutando em regra. Ademais,

Um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito Penal com fragmentos de regulação próprias do Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2012 a, p.47).

No mesmo sentido, descreve Jakobs que:

O direito penal do inimigo também tem quer ser separado do direito penal de cidadãos 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 de cidadão (JAKOBS, 2012 b, p. 173).

Mas, quando se deve aplicar um ao invés do outro, aqui jaz uma das principais inquietações que se extrai da

presente teoria, pois ele enxerga o ser humano, em sua origem, como um indivíduo (gênero) que, ao adentrar a condição social, por meio do pacto social, transforma-se em pessoa (espécie). Então, “ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário, é a representação de uma competência socialmente compreensível” (JAKOBS, 2003 a, p. 30). Logo:

A sociedade torna toda pessoa portadora de um papel, o que se refere à idéia luhmanniana de expectativa, competindo, então, a todas pessoas o dever de não produzir decepções, isto é, de não violar as normas penais. É somente assim, portanto, cada pessoa portando um papel, que a vida em sociedade é possível, ainda mais hoje, com a consequência de contatos anônimos, pois se para cada contato social todos tivessem de analisar as múltiplas consequências a sociedade ficaria paralisada (NIKITENKO, 2006, p. 128).

Portanto, as discussões se iniciam desde a construção do indivíduo como pessoa e sua, possível, decantação ao *status* de inimigo. Não obstante, para ele, a citada separação se faz indispensável, uma vez que as medidas repressivas impostas pelo Estado serão marcadas, a depender, daquele ao qual se destina.

Não obstante, para a pessoa se direcionará uma pena, que representa um elemento de comunicação (sistemas sociais) e de reafirmação normativa (prevenção geral positiva), já ao inimigo recaía-se em uma ação de

neutralização, pois este não é fonte de expectativas normativas. Destarte, “não se trata como pessoa quem “me ameaça... constantemente” quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão” (JAKOBS, 2012 a, p. 28).

Essa distinção pode soar absurdo ou, no mínimo, incoerente, e certamente o é, pois como em um Estado Constitucional de Direito teríamos uma distinção entre pessoas e inimigos, com tratamentos jurídicos distintos em face de cada um. Foi justamente isso que nos chamou a atenção ainda na época da graduação, em meados do ano de 2014, e nos provocou ao estudo da presente matéria.

Tanto é que, inicialmente, quando tivemos o primeiro contato com o livro *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, o sentimento que se desenhava era de ausência no saber sobre quais rumos se tomava para se chegar a tais apontamentos. A partir desta inquietação, começamos a adquirir outras obras do autor, como: *Tratado de Direito Penal, Fundamentos do Direito Penal, Sociedade, Norma e Pessoa* etc.

Foi a partir daí que passamos a entender que os elementos que compõem o Funcionalismo Sistemático ao qual Jakobs se propõe a estabelecer são de base diversa a dos demais autores, como, por exemplo, o de Cláus Roxin, que cultua uma visão teleológica ou de político criminal de tutela aos bens jurídicos, no seguimento. Apresentar esta noção é essencial, pois como vamos estudar a exceção (DP do Inimigo) se não conhecemos a regra (DP do Cidadão), para o autor.

Então, passamos a análise destes pilares que seriam essenciais à compreensão do tema. Deste modo, o presente

livro se apresenta com esse fim. Logo, não iremos aqui trabalhar propriamente o Direito Penal do Inimigo, uma vez que não achamos prudente antecipar esta apreciação sem antes percebermos suas bases. Por isso, optamos por dividir nosso estudo em duas partes, sendo a primeira direcionada a estabelecer as estruturas para a construção da citada teoria e, a segunda, direcionada a ela propriamente.

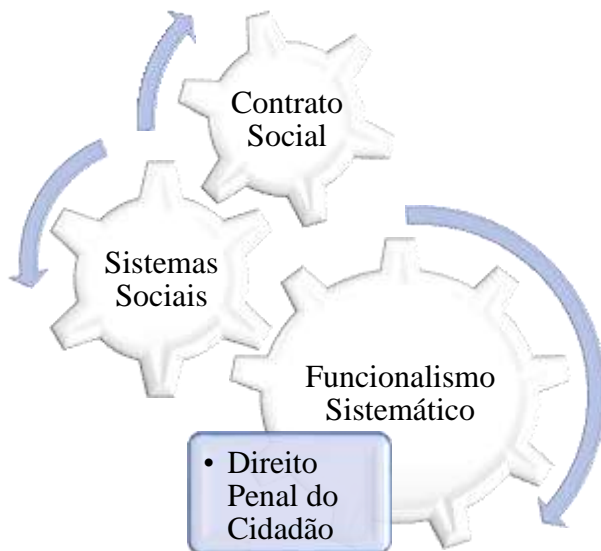
Não obstante, faz-se ainda necessário elencar outra cautela, que diz respeito à delimitação do objeto da pesquisa e seu marco teórico, uma vez que se sabe que há outros autores discutindo a presente acepção, mas como posicionamentos próprios, como, por exemplo, Jesús-Maria Silva Sánchez, que estabelece ser essa visão a “Terceira Velocidade do Direito Penal” ou Eugenio Raúl Zaffaroni, que também possui uma obra sobre o tema, mas que se pauta mais por uma política criminal.

Nesse sentido, louváveis são os citados estudos, contudo, não almejamos neles nos debruçar, uma vez que entendermos que o caminho teórico percorrido por eles se faz diverso ao de Jakobs, apesar de convergirem quanto ao destino.

Portanto, o nosso campo de estudo será o do Direito Penal do Inimigo idealizado por Günther Jakobs. Destarte, para esse fim, optou-se por adotar uma pesquisa exploratória, por meio do método histórico e bibliográfico.

Assim sendo, nessas considerações iniciais, optamos pelo estudo de três teorias que são, ao nosso ver, a engrenagem para citada compreensão, sendo elas:

Figura 2 - Bases para o DP do Cidadão



Fonte: Elaboração própria.

De tal modo, são esses os pontos que precisamos delimitar nessa obra. Logo, iremos discutir o Contrato Social, estruturando-o por meio das concepções sistemáticas de Niklas Luhmann. Após esses, partiremos em horizontes mais distantes, até a chegada do Funcionalismo Sistemático¹ idealizado por Jakobs. A compreensão desses temas é essencial para que possamos entender, por exemplo, o sentido da separação do conceito de pessoa e inimigo.

¹ Dentro dele, a percepção da pena como meio de reestabelecer a vigência normativa, como prevenção geral positiva, e no seu anverso, a negativa, que como descreve Silva, é por meio da prevenção geral negativa que nasce à aurora do Direito Penal do Inimigo (GOMES, 2009, p. 229).

Ademais, evidenciaremos a relação do indivíduo e o Estado em um contrato social, e o surgimento daquele que se aparta do conceito de pessoa, ensejado por condutas delituosas reiteradas, carecendo de ser combatido, neutralizado, para que só assim possamos reestabelecer a ordem social.

Decerto, é importante descrever que nossa intenção não é de positivar essa teoria no presente ordenamento, mas tão só apontar os elementos teóricos dela. Nesse sentido, é sabido que a doutrina repudia a citada concepção, porém, Jakobs, em seu prólogo à obra *Direito Penal do Inimigo*, recorda que essa discussão existe há anos, havendo diversos posicionamentos, apesar disso, raras vezes são estes afirmativos (2012 a, p. 10).

Em verdade, o autor só aponta que na maioria dos casos os críticos chegam à concepção, surpreendente no âmbito das ciências, de que

o diagnóstico dá medo e que sua formulação é indecorosa: certamente, o mundo pode dar medo, e de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa (JAKOBS. 2012 a, p. 10).

E assim, não sejamos como os antigos gregos que imputaram à Pandora a culpa por todas as atrocidades que recaíra sobre a terra, simplesmente pelo fato dela ter aberto a caixa dada em presente a Prometeu, por Zeus. Mas, sim, pelo sentido deste mito grego que revela que ao homem imprudente e temeroso recaíram-se todos os males

humanos como consequência da sua falta de conhecimento e previsão. De tal modo, devemos confrontar nossos medos e anseios, e não os apartar, por temê-los.

Assim sendo, para que possamos chegar com êxito a essa compreensão, necessitamos antes passarmos por uma grande jornada teórica, partindo desde a formação social à sua respectiva estruturação, pois só após isso alcançaremos a culminância desta tão temida, mas surpreendente, teoria idealizada por Günther Jakobs.

CAPÍTULO 1

O PRIMEIRO PILAR - A SOCIEDADE, O JUSNATURALISMO E O CONTRATO SOCIAL

Antes de sopesarmos a figura humana constituída em uma sociedade formada por dogmas e segmentos normativos, necessitamos, antes mesmo, transcendermos aos aspectos físicos do corpo humano e, para tanto, voltarmos ao passado delineando a natureza do indivíduo e as primeiras sociedades.

Em verdade, muito se discute sobre a gênese não só do planeta terra, mas principalmente a do ser humano que nela reside. Nessa seara, com o passar dos anos, muitas teorias se estruturaram com fulcro a demonstrar a origem desta e, em especial, duas se destacaram: para os adeptos da teoria criacionista, todo o universo e, conseqüentemente, as espécies que habitam o planeta terra são frutos da dádiva de deuses². E assim, desde os tempos primordiais grandes segmentações religiosas espalharam-se pelo mundo difundido suas crenças e seus valores.

No mais, caminhando em sentido diverso, encontramos os estudiosos da ciência, que aderiram à teoria da evolução, que tem por fundamento a essência de que o universo se originou em épocas inimagináveis, há bilhões de anos, onde a vida começou a brotar minuscilmente e foi evoluindo até o estado atual ao qual nos encontramos.

² Na perspectiva Cristã: Deus.

Para estes, a natalidade humana é consequência direta da explosão intergaláctica denominada de *big-bang*, e com ela o surgimento da força da gravidade, elemento essencial que, em conjunto com outros, fez surgir as primeiras estrelas, e, sucessivamente, com uma convergência de fatores, chegamos aonde estamos hoje.

Decerto, tais discursos não são necessariamente frutíferos para essa pesquisa, uma vez que nosso foco preliminar jaz em identificar o homem em seu estado natural, ou seja, apartado dos conceitos sociais tão difundidos na atualidade. Contudo, ressalta-se que ambas as teorias convergem a uma certeza: a de que em um dado momento da história humana, o indivíduo se mostrou em sua forma mais natural. Portanto, se foi com a expulsão de Adão e Eva do paraíso (doutrina do Criacionismo – Segmento Cristão) ou com os primeiros passos do homem primitivo – *Homo Sacer* (Doutrina Evolucionista) não podemos afirmar, e nem ao menos almejamos, pois esta não é a essência deste trabalho.

Logo, temos de compreender que, desde os primórdios da humanidade, o homem buscou conhecer os mecanismos naturais que o cercavam, em princípio a busca se concentrava em suas estruturas físicas e, conseqüentemente, em sua sobrevivência, a necessidade de compreender o que estava ao seu redor, os desejos naturais como fome, sede, companheirismo etc., mostraram-se como primeiras batalhas travadas pelo ser humano. E assim ele se mostrou em sua forma mais natural.

No entanto, quais elementos fizeram com que o homem livre passasse a viver sobre o manto social? Dois

filósofos embarcaram nessa jornada em identificar o homem e o Estado Social.

O primeiro que trazemos à tona é o autor Thomas Hobbes (1588-1679), que tem como principal obra o *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de uma comunidade eclesiástica e civil*, publicada em 1651, adotando um jusnaturalismo racional, em um contratualismo absolutista.

E, em vertente distinta, Jean-Jacques Rousseau (1716-1778), com sua desmistificação e o racionalismo característicos de seu trabalho, que dentre os quais podemos destacar dois textos fundamentais, a saber; o *Discurso Sobre A Origem Da Desigualdade Entre Os Homens* (1753), e o *Contrato Social* (1762), pautado em um contratualismo liberal, de viés iluminista.

No mais, assim como estes, outros grandes autores adentraram ao estudo do Contrato Social, no entanto, optamos pelas escolhas dos autores acima citados, uma vez que Günther Jakobs tece importantes considerações sobre eles em sua caracterização do que seria o inimigo, no cap. 2ª de sua obra (2012 a, p.24). Logo, para que possamos entender os pontos lá propostos, faz-se necessário antes discutir a posição de ambos os contratualistas, e assim passamos a estudá-los.

1.1. O Jusnaturalismo de Thomas Hobbes

1.1.1. Algumas considerações sobre a vida e obra de Thomas Hobbes

Para compreendermos a lição de Hobbes³, devemos, primeiramente, nos transmutarmos ao mundo ao qual o autor viveu. Ademais, atenta-se que o primeiro grande erro que recai ao estudarmos os contratos sociais é de acreditarmos que todos os contratualistas partem do mesmo desígnio, almejando os mesmos fins, o que incorre em falso. Exemplo disso é quando estudamos as lições de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, embora ambos os autores comungam das bases contratualistas, suas linhas de pensamento são um tanto quanto distintas.

Uma vez que as lutas travadas por Hobbes foram diversas das enfrentadas por Rousseau, e isso fica evidente nas obras de ambos os autores, onde o primeiro suplanta uma linha voltada ao Absolutismo Monárquico, enquanto o segundo a vislumbra em um contratualismo liberal, fruto do Iluminismo.

Para tanto, a história de Thomas Hobbes é marcada por decadências e ascendências. Desde sua origem,

³ Aqui iremos citá-lo, com maior ênfase, uma vez que Jakobs, em seu texto, se aproxima mais do autor ao descrever o inimigo do pacto social. Nesse sentido, ele afirma que: “não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso” (2012 a, p. 25). Portanto, almejando se aproximar cada vez mais dele, optamos por dar, desde já, maiores holofotes a Hobbes.

puramente plebeia, na Inglaterra, o jovem órfão de pai, que o abandonou ainda na infância, educou-se graças ao mestre Robert Latimer, por meio dos ensinamentos humanistas. Mais tarde, já aos 15 anos de idade, influenciado por seu tio, o jovem passou a estudar em Magdalen Hall – Oxford, e lá obteve sua formação acadêmica (OSTRENSKY, 2012, p. 190).

Mais tarde, após se formar, ele passou a trabalhar para o William Cavendish, onde exercia a tutoria dos filhos menores e, concomitantemente, o secretariado da família, lá ficando por quase 30 anos. Ocorre que outra de suas funções era acompanhar a família nas diversas viagens que aqueles faziam pelo mundo, e assim ele constantemente acompanhava os patrões (OSTRENSKY, 2012, p. 190).

Entre as inúmeras viagens realizadas com a família e, em especial, a ida que fizera à Itália, já na década de 1630, Hobbes passa a conhecer e estudar a obra de Galileu Galilei, interessando-se pela filosofia natural (OSTRENSKY, 2012, p. 190). Mais tarde, em uma viagem que fizera à França, ele teve a oportunidade de conhecer o frade Marin Mersenne, e deste acontecimento recebeu o convite para frequentar o círculo dos sábios, que se reunia no convento daquele frade, o que influenciara ainda mais as ideias filosóficas do autor.

E assim, essas andanças fizeram com que Hobbes se interessasse cada vez mais pela ciência moderna (OSTRENSKY, 2012, p. 190). Desta forma, em 1636, ao retornar à Inglaterra, Hobbes passa a elaborar seu próprio sistema filosófico, que conteria três partes denominadas – O corpo, o homem e o cidadão.

No entanto, é sabido que essa época foi marcada por grandes conflitos internos naquele país, como a tomada do poder pelo Parlamento e a conseqüente deflagração da guerra civil. O que fizeram com que a conclusão do seu trabalho postergasse ao tempo (OSTRENSKY, 2012, p. 191).

Nisso, Hobbes, assoberbado com as guerras civis existentes em seu Estado, publica, não se apegando à ordem antes desejada, a obra conhecida como *De cive (Elementorum philosophiae sectio tertie de cive)*, que pretendia esclarecer o significado da soberania e o respeito com os quais os cidadãos deveriam ter para com o detentor do poder.

Conquanto, “sua maior prioridade, em meados da década de 1640, era escrever algo capaz de demolir as doutrinas subversivas dos inimigos do rei. Daí surge o *Leviatã*” (OSTRENSKY, 2012, p. 190).

Bem que, em 1649, ele passou a vivenciar a pior fase da monarquia inglesa, combinando com a conseqüente decapitação do Rei Carlos I, vencido em guerra, julgado e condenado sobre as acusações de que ele traíra as leis do país. Nesse período, igualmente, tinha-se a propositura de um governo republicano na Inglaterra, que perdurou até a restauração da monarquia, em 1660 (OSTRENSKY, 2012, p. 190).

Não obstante, Hobbes passa a imputar os massacres e atrocidades cometidos, à época, à ausência de uma ciência que ensinasse o que era justo e injusto, o legal e o ilegal, e é nesse ponto que o autor encaixa sua filosofia.

Desta feita, ele descreve que o papel da presente linha residiria no campo da política, onde essa ciência se inclinaria em evitar as chamadas guerras civis. Logo, seus ensinamentos repousam na vivência da busca pela paz, então os homens precisavam desse segmento de ensino (OSTRENSKY, 2012, p. 193)

Ademais, outro problema que surge frente a ele habita na constante influência do clero nas posições sociais da época. Logo, Hobbes começa a visualizar uma política que aparta as decisões sociais das religiosas.

A apresentação das hipóteses materialistas e moralistas no Leviatã tem por objetivo fornecer outras armas teóricas para enfraquecer o poder eclesiástico, de tal maneira que este não disponha mais de nenhum instrumento de dominação e se veja assim submetido inteiramente ao grande deus moral, o Leviatã. Ao mesmo tempo, o Estado se emancipa da religião e pode enfim ser inteiramente laico. O súdito, por sua vez, pode deixar de temer o poder sobrenatural que antes o fazia preferir obedecer ao clero que ao soberano, este sim capaz de infligir, pelas punições, dores existentes (OSTRENSKY, 2012, p. 195).

E assim, apartando-se o clero do controle social, a sanção deixa de ser sobrenatural, e passa a ser material, fruto de um governo pautado no soberano. O resultado disso é uma política terrestre que passa a controlar a experiência social.

Destarte, essas são as premissas que sustentam a vida e obra de Thomas Hobbes, que veio em 4 de dezembro de 1679, quase aos 92 anos, a falecer, deixando um legado marcante na história da ciência política, ou como costumava chamar; filosofia política, dentre os quais a obra intitulada *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil* (OSTRENSKY, 2012, p. 192).

1.1.2. O Contrato Social de Thomas Hobbes

De início, podemos enfatizar que, para Hobbes, o homem nasce livre, e a natureza lhe concedeu a igualdade em relação aos seus demais, porém, dessa dádiva nasce à desconfiança e, conseqüentemente, a insegurança (HOBBS, 2014, p. 106). Bittar recorda que no estado de natureza de Hobbes, há sempre a guerra de um homem para com o outro, e assim, o “homem pode ser chamado de lobo do próprio homem” (2007, p. 253).

Deste estado natural de guerra, Hobbes alerta, que “se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (...) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro” (2014, p. 107).

Portanto, enquanto não houver um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontrarão em uma condição chamada de guerra, e na guerra de todos contra todos, nada será injusto, pois o justo é extraído da lei, assim, não a havendo, não há o que se falar em certo e errado, justiça e injustiça, não existindo propriedade, quicá o domínio do *meu* e do *teu*, sendo de

cada homem apenas aquilo que ele conseguir conservar (HOBBS, 2014, p. 111).

Logo, da natureza do próprio homem, Hobbes extrai três causas que geram a discórdia, a primeira é o anseio pela competição, a segunda nasce da desconfiança, e a terceira se finda pela busca da glória (2014, p. 108). E conclui o autor:

Com isso se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida (HOBBS, 2014, p. 109).

Destarte, desta passagem podemos perceber que enquanto o homem não se submeter a um poder comum a todos, que o limite e o direcionem, eles ainda estarão em um estado natural de guerra, pois como a natureza os fez iguais, essas igualdades os tornam maus por natureza. Ou como prescreve Bittar, “é a igualdade o grande mal que leva os homens a provocarem uns sobre os outros, e causarem a necessidade de intervenção do Estado” (BITTAR, 2007, p. 253). Portanto:

O fundamento da teoria política de Hobbes será, nesta dimensão, a existência de um Estado como artifício humano para o

aperfeiçoamento da natureza, e a superação do estado de natureza. Assim, é uma convenção que cria o Estado, é um acordo de vontades, é um pacto, que dá início à vida civil, no sentido de abolir a guerra e a impunidade geral contra a violência (BITTAR, 2007, p. 253).

Assim, no instante em que o homem passa a viver sob esse manto, conseqüentemente, haveria um aumento dos seus domínios sobre ele, pois cada um consegue conservar o *quantum* de seu poder, já que se assim não o fosse eles “não teriam prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de intimidar a todos” (HOBBS, 2014, p. 108).

Por isso, mostra-se necessário a celebração de um pacto entre eles para que possamos chegar à paz, e só por meio desta é que o homem poderá viver “todo tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver” (HOBBS, 2014, p. 113).

Decerto, a natureza concede aos homens direitos ditos naturais, então para que possamos chegar a um Estado Social necessitamos, antes mesmo, transferir para este alguns de nossos direitos, e assim “a transferência mútua de direitos é aquilo que se chama Contrato” (HOBBS, 2014, p. 115).

Contudo, é sabido que o pacto social não se limita apenas a sua existência, pois se faz necessário que acima de tudo este seja cumprido, e aqui temos a terceira lei natural de Hobbes, pelo qual prescreve que *os homens cumpram os pactos que celebrem* (HOBBS, 2014, p. 124). Com isso,

se evidencia que antes o homem se encontrava em um estado natural, onde o justo e o injusto não eram palpáveis. Outrora, com a celebração do pacto, ele passa a abraçar uma estrutura social, e a ação que é impetrada contra esta advém de ser conhecida como o *injusto*. E nessa ótica:

Para que as palavras “justos” e “injustos” possam ter lugar, é necessário alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de confirmar propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram. E não pode haver tal poder antes de se erigir uma república (HOBBS, 2014, p. 124).

Então Hobbes afirma que o homem busca, com a restrição que se introduziu sobre si, o fim da guerra, e assim:

(...) apesar das leis da natureza (que cada um respeita quando tem vontade de as respeitar e quando o poder fazer com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros (HOBBS, 2014, p.143).

Portanto, Hobbes evidencia em sua obra o homem em seu direito de natureza, ou seja, em seu estado de guerra,

que é substituído por um estado social a partir da convenção, gerando segurança e estabilidade ao trato para com os demais. E assim, nesse primeiro momento, fez-se relevante demonstrar que a sociedade é formada por indivíduos que ao transferirem seus direitos naturais ao Ente maior, qual seja, o Estado, passam do estado natural ao estado cívico. Logo, eles devem ser tratados como pessoas, pois passam a integrar uma relação social. Mas como pensa Rousseau, em seu contratualismo?

1.3. O Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau

Ao falarmos do Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau, não podemos deixar de recordar o clássico questionamento que ele faz em relação ao estado natural e o cívico. Detentor de duas obras icônicas da filosofia do Direito, a primeira denominada de *Origem da Desigualdade Entre os Homens*, por meio da qual ele tece um comparativo entre a condição natural do homem e sua condição pós-cívica, e a segunda, que marca sua carreira, e é chamada *Do Contrato Social*.

Decerto, é de se perceber que tanto Hobbes como Rousseau identificavam a sociedade em dois lapsos, o pré e o pós Contrato Social, onde o primeiro seria marcado pela liberdade, enquanto o segundo se caracterizaria pela restrição de direitos. No entanto, para Rousseau, qual fora a gênese deste pacto social.

Conforme ele explica, “a mais antiga das sociedades e a única natural, é a família” (ROUSSEAU, 2011, p. 21). Logo, a essência humana habita no fato deste permanecer

em grupos, buscando toda uma só finalidade, qual seja, a sobrevivência. É daí que se faz surgir os primeiros passos da sociedade, a saber,

A família é, pois, se se quiser, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo é a dos filhos, e, tendo nascido todos igualmente livres, não alienam a sua liberdade senão em proveito da própria utilidade (ROUSSEAU, 2011, p. 21).

Evidentemente, os elos que os ligam não estão apenas voltados aos laços sanguíneos, Rousseau, ainda se utilizando do conceito de família, nos lembra que os filhos só estão ligados aos pais enquanto necessitarem deles para sua subsistência, ou nas palavras do autor; “o tempo que necessitam dele para a sua conservação” (ROUSSEAU, 2011, p. 21).

Desta forma, quando finda a necessidade desta conservação, o filho encontra-se apto a desbravar-se ao desconhecido, no entanto, se ele opta por permanecer junto a suas origens, ele assim o faz não por obrigação, mas sim por vontade. Logo, esse elo não é mais o natural, mas sim, por convenção (ROUSSEAU, 2011, p. 21). E assim;

Essa liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei é de velar pela sua própria conservação; seus primeiros cuidados são os que deve a si mesmo, e, uma vez na idade da razão, sendo ele o juiz dos meios adstritos à sua conservação, fica, por isso, senhor de si mesmo (ROUSSEAU, 2011, p. 22)

Conquanto, o ser humano nasceu livre, porém, optou por permanecer em grupos, mas esta decisão não constitui uma extirpação de sua liberdade, ao contrário, tal associação fez-se com que o homem se tornasse cada vez mais forte. Mas esta força ao qual nos referimos não é aquela ligada ao indivíduo em si, em seus elementos físicos ou patrimoniais, mas sim à força exercida por meio da convenção. Ao adverso incidiria em erro, pois as forças físicas não uniram os homens por meio do sentido natural, ao contrário, ele os uniu pelo medo.

O autor, em seu discurso *Sobre A Origem Da Desigualdade Entre Os Homens* (ROUSSEAU, 2012, p. 33), afirmava que a espécie humana detinha duas formas de desigualdade, uma que ele chamava de natural ou física, e outra de moral ou política; a natural relacionava-se aos aspectos do corpo, à saúde, à idade, à condição física, entre outros elementos. Já a moral versava sobre a convenção entre os homens, daquilo que ele chama de privilégios de uns em detrimento dos outros inclusos em um estado social.

E citando o que dissera Aristóteles, ele lembra, “os homens não são naturalmente iguais, mas que uns nascem para a escravidão e outros para o domínio” (ROUSSEAU, 2011, p. 22). Portanto, a condição de submissão escravocrata não é uma qualidade natural, pois como ressaltado todo homem nasce livre, e assim o é, se há tal categoria é por completo desrespeito natural.

Se o homem cede à força física ele assim o faz por medo, e não por respeito àquele preceito, não há vontade, apenas prudência, legitimamente, o mais forte sempre terá a razão, todavia, caso cesse essa superioridade física,

cessar-se-ia o dever de obrigação, pois “o mais forte nunca o é bastante para ser sempre amo, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever” (ROUSSEAU, 2011, p. 23).

Destarte, é sabido que nenhum homem tem autoridade sobre seus semelhantes, desde que essa não se dê por convenção, pois se assim o proceder ficam estas como base legal de toda autoridade entre os homens. E assim, a segurança social só é adquirida com o pacto social, uma vez que os direitos civis só passam a surgir com o advento do contrato, já por sua vez, tudo que é anterior a este é considerado direito natural, e como tal, o homem deve ser visto por meio de dois estados, o primeiro dito natural, e o segundo, conhecido como estado social (BITTAR, 2007, p. 261).

Entretanto, temos que ter em mente que um povo é um povo antes mesmo da convenção, pois senão vejamos, se um homem escraviza milhares de pessoas, não há o que se falar em associação, pois a vontade do povo não será exercida, mas sim a vontade do soberano, deste modo, seria uma mera aglomeração de pessoas sobre a ordem de um déspota.

E assim, caso esse deixasse o poder não haveria quaisquer elos que continuasse a ligar os homens uns aos outros, ficando estes dispersos, passando a surgir os conflitos dos homens em relação aos homens, pois “não há fora do pacto verdadeira igualdade, e sim dominação” (BITTAR, 2007, p. 265).

Desta forma, nasce a necessidade de um poder, de um liame subjetivo que unisse todos os homens em um só,

extirpando quaisquer elementos de subjugamento em sua convivência, e uma vez essa, os homens poderiam viver em grupos sem possuírem seus direitos violados.

Com isso, ao passar a viver em grupo, ele buscou aderir a um Pacto Social, a um contrato de compromisso, não só para com ele, mas para com os outros, e citando o autor, que;

Naquele instante, no lugar da pessoa particular de cada contratante este ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros como a assembleia de vontades, o qual recebe deste mesmo ato sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade (ROUSSEAU, 2011, p. 31).

Destarte, embora com temor de recair em redundância, o que Rousseau e Hobbes descrevem como contratos sociais poderiam ser demonstrados como sendo a “unidade da pluralidade”, ou seja, o elo de todos em um só.

Em verdade, o homem com a passagem do estado da natureza para o estado cívico rompe com aquela individualidade que antes existia, e assim, cada pessoa passa a dar-se a outra e a ninguém ao mesmo tempo, nesse estado a totalidade se manifesta pela unidade, e ninguém tem direito sobre ninguém, mas só o Estado terá sobre seus membros (BITTAR, 2007, p. 263).

Portanto, todos esses elementos não apenas nos diferenciam dos seres irracionais, mas também nos individualizam como grupo humano, deste modo a sociedade se mostra como pilar de manutenção dos seres

humanos, e o pacto social nada mais é, pois, que a reunião de forças individuais em prol de um bem maior, qual seja, a vida em sociedade.

Então, se ambos os autores são de bases contratualistas, sendo Hobbes detentor de um jusnaturalismo e Rousseau, por sua vez, adepto de uma desmistificação, influenciado por um racionalismo existente nos filósofos do século XVIII, o que diferenciam eles se relacionados à Teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs. É o que passamos a tratar a seguir.

1.4. O Tratamento dado ao defraudador do Pacto Social

Nesse ponto, é sabido que Hobbes e Rousseau possuem bases puramente contratualistas, no entanto, qual seria a importância desses temas para teoria ora em estudo. Devemos ter em mente que Günther Jakobs ao fundamentar sua tese parte do pressuposto de um Estado Social para descrever, entre outros, a função do Direito Penal⁴.

Logo, para o autor, o Direito é, pois, o vínculo entre pessoas que são tão titulares deles, como também dos deveres postos pela lei, e assim, todo direito se encontra vinculado à autorização para empregar a coação (JAKOBS, 2012 a, p. 24). Nesse sentido, ele é categórico ao lembrar que a presente argumentação é nova, mas que conta com grandes precursores filosóficos, pois

⁴ E aqui, em especial, a pena que é direcionada a pessoa e a sanção que é imputada ao inimigo.

são especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente 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 (JAKOBS, 2012 a, p. 24).

Essa posição caminha em concordância às obras do autor e, em especial, já nas considerações iniciais ao texto *sociedade, norma e pessoa*, ele deixa claro que da perspectiva que ele parte, qual seja, o funcionalismo sistemático (adiante estudado), o Direito Penal estaria orientado a tutelar a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade (JAKOBS, 2003 a, p. 1). E destaca:

Partindo dessa concepção, não se entende a sociedade, diferentemente do que acreditou a filosofia – entroncada com descartes – desde Hobbes até Kant, adotando-se o ponto de vista da consciência individual, como um sistema que pode compor-se de sujeitos que concluem contratos, produzindo imperativos categóricos ou se expandem de modo similar (JAKOBS, 2003 a, p. 1).

E assim, Jakobs dá as caras por meio do contrato social como pressuposto da organização da sociedade. Desta feita, para os contratualistas, a infração praticada em face da organização caracteriza uma quebra da convenção, entretanto, alguns abordam as consequências destas de

forma mais radical no sentido de um (im)possível regressar ao pacto. Pois aquele que rompe com a convenção possui chances de a ela retornar? Estas são críticas que Jakobs tece, em seus argumentos Jusfilosóficos, a Rousseau, e lembra que Fichte também pensa de modo similar (2012 a, p. 25), e conclui que:

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso (JAKOBS. 2012 a, p. 25).

Não obstante, tais argumentos serão tratados de forma mais aprofundada em um momento posterior⁵, e assim, para que não possamos avançar à matéria de forma extravagante, vamos apenas demonstrar as diferenças de tratamento dado ao defraudador do pacto por Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau e, no momento oportuno, adentraremos mais a fundo trazendo à baila os posicionamentos referentes à ótica de Kant e Fichte sobre esse seguimento.

Desta feita, ao tratarmos o “inimigo” sobre a visão de Hobbes e Rousseau devemos entender, preliminarmente, que em dados momentos ambos os filósofos convergem em seus pensamentos, já em outros não. Para tanto, já estabelecemos que Hobbes tem como pressuposto ser o

⁵ No segundo volume deste trabalho, quando abordaremos de forma mais singular a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

homem, em seu estado natural, mal. Logo, ele vive em constante guerra com seu semelhante⁶. Tal descrição é condizente ao período pré-absolutista vivenciado pelo autor, ocasião em que a Europa era dividida em vários feudos, cada um com regras, tributos e ações próprias, e isso atrapalhava o comércio e gerava insegurança àqueles que precisavam se deslocar por grandes áreas. Destarte, o estado de harmonia só é possível após aderência ao pacto social⁷ e à égide da República⁸.

Em sentido diverso, no entanto, caminha Rousseau, que adota uma postura pela qual diz ser o homem naturalmente bom, ele nasce assim e deveria permanecer. Porém, em um dado momento algo o corrompeu, e essa

⁶ Daí extraiu-se a frase que marca, por assim dizer, a sua obra, onde se descreve que o “homem é o lobo do próprio homem”.

⁷ Nesse ponto, é interessante perceber que Hobbes ao descrever a relação do crime com a lei civil, passa a estabelecer três distinções, onde a derradeira diz que “quando não há mais poder soberano também não há mais crime, pois quando não há tal poder não é possível conseguir a proteção da lei, e então cada um pode-se proteger com o seu próprio poder. Porque no momento da instituição do poder soberano não se pode supor que alguém renuncie ao direito de preservar o seu próprio corpo, para cuja segurança foi estabelecida a soberania” (HOBBS. 2014. p. 248).

⁸ Nesse sentido: “A causa final, finalidade e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre o outro), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmo sob a qual os vemos viver em repúblicas, é a precaução com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra, que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito e os forçar, por meio do medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos e à observância das leis de natureza que foram expostas nos capítulos XIV e XV” (HOBBS. 2014. p. 143).

deterioração de qualidades é fruto da conversão (BITTAR, 2015, p. 327). Nessa linha, Rousseau destaca, ao trabalhar o sentido de propriedade na abertura da segunda parte do seu texto sobre *A Origem Das Desigualdades Entre Os Homens*⁹, que

O primeiro que, tendo cercado um terreno, decidiu dizer: “Isto é meu” e encontrou pessoas bastantes simples para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinatos, misérias e horrores não teriam sido poupados ao gênero humano por aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Não escutem esse impostor! Vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos pertencem a todos e que a terra não é de ninguém!”. (2012, p. 41).

Decerto, é mister apontar que “o trabalho de Rousseau é hipotético e não descritivo (...) sua proposta é filosófica, e por isso se desdobra no sentido de desenvolver os argumentos que conferem solidez a suas hipóteses” (BITTAR, 2015, p. 323). Com isso, não devemos compreendê-lo como uma exposição narrativa da história.

⁹ Bittar aponta que nessa obra Rousseau “conclui que a causa de todos os males humanos são as próprias invenções humanas, e que a forma de se corrigir todo tipo de desvio seria manutenção do estado de natureza do homem. Na vida simples, pura e uniforme, sem tropeços e contrapontos, sem mandos e desmandos, sem ordem e desordem, estaria a verdadeira felicidade humana; é no estado pré-cívico, ou de natureza, que residira a felicidade humana, e não no artificialismo fundado com o pacto” (2014. p. 327).

A partir disso, igualmente, é preciso reconhecer outro ponto importante de sua obra, que reside ao tempo de sua vivência. Pois os estudos de Rousseau se ajustam por meio de um contratualismo que tem por fundamento, entre outros, a Revolução Francesa, ou seja, são de base iluminista e se direcionam a pôr fim ao absolutismo (BITTAR. 2015, p. 321). Destarte, ele descreve que há no homem duas espécies de desigualdade:

Uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma. A outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles (ROUSSEAU, 2012, p. 33).

Então, como se percebe, no estado de natureza há uma disparidade imposta por essa mesma condição. Assim, por meio da convenção se busca a prevalência da vontade geral. Logo, por ela (direito civil) teremos uma “ordem justa, legítima, fundada na igualdade e no respeito do *status naturae*” (BITTAR. 2015, p. 321). Portanto,

O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que

ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral, e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo (ROUSSEAU, 2011, p. 34).

Ademais, o autor faz um comparativo lógico entre o antes (no estado natural) e o depois (no estado cívico), e conclui que o Estado cívico deixou o homem enfraquecido. Nesse sentido, ele o compara a um animal, e este antes selvagem, detinha força, coragem e vigor, e agora sendo domesticado acaba por perder todas essas características¹⁰ (ROUSSEAU, 2012, p. 41).

Contudo, essas são apenas algumas das divergências que surgem quando da análise do contrato social nos citados autores. Decerto, ainda não discutimos a maior delas, e a qual se mostra nuclear para a presente teoria, que é o tratamento dado ao defraudador da norma, e assim progrediremos a ela.

Primeiro, iniciaremos o estudo deste ponto por meio da visão de Thomas Hobbes. Nisso, faz-se necessário antes descrevermos o que seria a ação delitiva para o autor, e só

¹⁰ Nesse sentido, Bittar descreve: “A sociedade não tem nada de natural, e tem tudo de artificial e pernicioso; fundada a sociedade civil, o homem comprou sua própria escravização. Esta escravização do homem aos cânones do pacto o tornaram um ser frágil, destituído de coragem, detestavelmente submisso a normas sociais e as crenças falaciosas” (2015, p. 327).

depois avançamos às consequências do ilícito. Nesse sentido,

Um CRIME é um pecado que consiste em cometer (por atos ou palavras) algo que a lei proíbe, ou em omitir-se de algo que ela ordena. Assim, todo crime é um pecado, mas nem todo pecado é um crime. A intenção de roubar ou matar é um pecado, mesmo que nunca se manifeste em palavras ou atos, porque Deus, que vê os pensamentos dos homens, pode culpá-los por eles. Mas antes de aparecer por meio de alguma coisa feita ou dita, em que um juiz humano possa descobrir a intenção, não se pode falar em crime. (HOBBS, 2014, p, 247).

Decerto, Hobbes recorda que os gregos¹¹ apresentavam o delito por meio das expressões condizentes ao pecado e ao crime. Onde a primeira representava “qualquer espécie de desvio da lei, e as duas últimas, que se traduzem por crime, significavam apenas o pecado do qual um homem pode acusar outro. Ora, não há lugar para acusação humana de intenções que nunca se tornam visíveis em ações exteriores” (2014, p, 247).

Portanto, a partir destas, seria possível se falar em punição, que nada mais representava senão “um dano infligido pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado transgressão da lei, a fim de que assim a vontade dos homens fique mais

¹¹ E no mesmo sentido caminhavam os latinos (HOBBS. 2014. p, 248).

disposta à obediência” (HOBBS, 2014, p.265).

Em outro polo, Jean-Jacques Rousseau se posiciona em sua obra – *Do Contrato Social*, no segundo livro, capítulo V, do Direito de vida e de morte – estabelecendo que o contrato social tenha por finalidade a conservação dos contratantes, e assim, ele lembra que “quem deseja o fim quer os meios, e estes meios são inseparáveis de alguns riscos e ainda de algumas perdas. Quem quer conservar sua vida, a expensas da dos outros, deve também “dá-la” por eles, quando for preciso” (2011, p. 49).

E assim, não é leviano recordar que no contrato social o indivíduo transfere direitos, antes naturais, para o corpo social, esse o faz com uma única finalidade, a segurança e igualdade existente dentro daquele pacto. Então, se o homem romper com o elo que o sustenta ele carece de ser combatido, mas esse combate não é realizado pelo próprio indivíduo, e sim pelo Estado, detentor do poder antes transferido.

Nesse sentido, Rousseau, dando como exemplo a pena de morte, afirma que “quando o príncipe lhe disser: “Convém ao estado que tu morras”, deve morrer, posto que com esta condição viveu em segurança até então, e sua vida é somente um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado” (ROUSSEAU, 2011, p. 49). Desta forma, ele conclui:

A pena de morte, imposta aos criminosos, pode ser considerada, pouco mais ou menos sob o mesmo ponto de vista. Para não ser vítima de um assassino, consente-se na morte daquele que nisso se torna. Nesse contrato, longe de dispor da própria

vida, não se pensa senão em garanti-la, e não presumir que um dos contratantes premedite a sua perda (ROUSSEAU, 2011, p. 49).

Não obstante, para Rousseau, todo malfeitor que ataca o direito social converte-se pelas suas ações em rebelde e traidor da pátria, deixando de ser membro desta, pois vicia sua lei e passa a fazer guerra contra ela. Assim, ele mostra que é preciso que “um dos dois pereça, e quando se faz parecer ao culpado, é menos como cidadão que como inimigo” (ROUSSEAU, 2011, p. 49). E desta forma, a convenção que foi pactuada por aquela passa com o processo, julgamento e as provas, a romper o laço social e, por conseguinte, ele deixa de fazer parte do Estado (ROUSSEAU, 2011, p. 49).

Diversamente, para Hobbes, aquele que negar a autoridade do representante da República pode ser punido conforme ele bem o entender,

porque ao negar a sujeição ele negou as punições previstas pela lei, portanto deve sofrer como **inimigo da república**, isto é, conforme a vontade do representante. **Porque as punições estabelecidas na lei são para os súditos, e não para os inimigos**, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súdito pelos seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano (Hobbes, 2014, p. 265) (*Grifos Nossos*).

Então, o ponto culminante da Teoria de Jakobs se mostra ao se reconhecer o inimigo como defraudador do

pacto¹², pois Rousseau afirma que uma vez o reconhecendo,

deve ser, em seu domicílio, afastado pelo desterro, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, porque tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem: e então se aplica o direito de guerra que ordena matar ao vencido (2011, p. 49).

Não obstante, para Hobbes

os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como punições. Como esse inimigo ou nunca esteve sujeito a lei, e, portanto, não a pode transgredir, ou esteve sujeito a ela e professa não mais estar negando em consequência que a possa transgredir, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade (HOBBS, 2014, p. 265).

Portanto, tanto Hobbes como Rousseau reconhecem, ainda que figurativamente, a existência de dois mantos que recaem sob o indivíduo, o primeiro que é considerado como “pessoa”, e segundo que passa a ser acatado como “inimigo”, e assim, como veremos mais adiante, este é um dos principais alicerces do Direito Penal do Inimigo, que é aplicado a este último, e por isso, mostra-

¹² Mas que fique desde já alertado, que na Teoria de Jakobs, não é todo e qualquer crime que torna a pessoa um inimigo, mas apenas aquele que coloca em risco à estrutura estatal, conforme veremos nos estudos vindouros.

se um direito dito de exceção. Ademais, na citada oportunidade adentraremos mais a fundo à caracterização do inimigo em ambos os autores, por oportuno, o que foi tido até o momento já basta para compreensão preliminar da matéria.

Destarte, tanto Hobbes como Rousseau reconhecem tal aplicação, porém as críticas de Jakobs a Rousseau resulta no saber de que para ele todo malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, uma vez que se encontra em guerra com este, e para Jakobs, em princípio, o ordenamento jurídico deve manter o infrator dentro do Direito, e não o separar radicalmente desse convívio e, nesse sentido, ele afirma:

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso (JAKOBS, 2012 a, p. 25).

Entretanto, essa é uma discussão que também remeteremos ao segundo volume deste trabalho, pois neste primeiro momento se fez relevante demonstrar que a sociedade é formada por indivíduos que, ao transferirem seus direitos naturais ao Ente maior, qual seja, o Estado, passaram da condição natural ao Estado cívico¹³.

¹³ Esse saber, somados aos fundamentos do funcionalismo sistemático, será essencial para delimitação do conceito de pessoa, que está por vir na próxima obra.

Deste modo, o Contrato Social se mostra como primeiro pilar da obra de Günther Jakobs, então avançaremos à segunda, pois se é sabido que o Estado é formado por indivíduos que transferem a estes direitos naturais em busca da segurança por meio do pacto social, as condutas avessas a essas precisam ser identificadas como tais, e regulamentadas, para só assim haver justiça nas decisões judiciais. Logo, qual estrutura é concebível em uma sociedade tão complexa?

CAPÍTULO 2

O SEGUNDO PILAR – A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: O DIREITO COMO ESTABILIZAÇÃO CONGRUENTE DAS EXPECTATIVAS

Do próêmio até aqui, muito se falou a respeito da gênese do homem e sua convenção social, o que resultou na sociedade atual. Porém, faz-se necessário falar um pouco sobre essa relação social e sua estruturação, e só a partir daí continuaremos a evoluir à teoria fruto deste trabalho.

Logo, Niklas Luhmann reconhece a sociedade como uma cadeia de sistemas de comunicação que se encontram a todo o momento captando, das variadas fontes dela, seu conteúdo e isso a torna complexa. Assim sendo, a referida teoria serviu de base¹⁴ para a concepção do funcionalismo sistemático e, em especial, a figura da prevenção positiva de Günther Jackobs. Pois, como bem descreve o autor;

A partir da perspectiva de que partimos, o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade. Partindo dessa concepção, não se entende a sociologia, diferentemente do que acreditou a filosofia (...) adotando-se o ponto de vista da consciência individual, como um sistema que pode comporta-se de sujeitos que

¹⁴ Juntamente com a Filosofia do Direito de Hegel, adiante trabalhada.

concluem contratos, produzem imperativos categóricos ou se expandem de modo similar. (...) Mas, do mesmo modo que a consciência segue suas próprias regras, também o faz a comunicação. Por esta razão, a solução tampouco deve ser buscada na postura antagonista como ponto de partida orientado sobre a base do sujeito; vale dizer, tampouco deve ser buscada na tradicional doutrina europeia do Estado como conjunto, orientada em atenção à comunidade, ainda que, desde logo, a essência social possa se formular dentro desse modelo. A exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem consequências para o sistema jurídico, ainda que com uma enorme distância em relação ao Direito Penal, encontra-se na atualidade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Todavia, um conhecimento superficial dessa teoria permite perceber rapidamente que as presentes considerações não são em absoluto consequentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais (JAKOBS, 2003 a, p. 1 a 3).

Destarte, como já vislumbramos, a sociedade é fruto de um contrato social. Nisso, vamos avançar na busca da observância dos demais pilares do Funcionalismo de Jakobs. Portanto, é preciso adentrar ao campo sociológico de Niklas Luhmann e sua teoria dos sistemas.

2.1. Algumas considerações sobre Niklas Luhmann

Niklas Luhmann mostrou-se para a sociologia como um idealizador de pensamentos, considerado por muitos como um dos maiores sociólogos posteriores a Max Weber, influenciando doutrinadores tanto de sua época, como dos dias atuais.

Decerto, podemos citar Jakobs como um de seus adeptos mais ilustres, em que pese muitos não concordarem com a presente visão sistêmica luhmanniana dentro deste pensamento do autor. Em verdade, a forma como Luhmann enxerga e interage com a dogmática jurídica foi e ainda é marcante na seara do Direito, quiçá para a sociologia. Nesse ponto, quem foi o citado sociólogo e como Jakobs se utilizou de seus pensamentos para construção de sua vertente inimiga?

Luhmann formou-se em Direito em 1949 em Freiburg, Alemanha. Nessa época, iniciou-se na carreira pública, fazendo parte da reestruturação da Alemanha após a 2º Guerra Mundial. Entretanto, sua ascendência ao campo acadêmico só ocorrera em 1960, quando ele passou a se especializar na área administrativa, em Harvard, nos Estados Unidos da América. Foi nesta ocasião que ele veio a conhecer a teoria dos sistemas de Talcott Parsons, e assim, deu-se início às inúmeras obras do autor pelo mundo (KUNZLER, 2004, p. 123).

Este foi o ponto de partida, diga-se, foi daí que Luhmann começou a construir sua própria teoria, porém com traços distintos do de Parsons. O sociólogo retorna à Alemanha pouco tempo depois, dando seguimento ao seu

trabalho na administração pública, mas sem deixar de lado a carreira acadêmica¹⁵. Não demorou muito e ele se habilitou no Doutorado da Universidade de Münster. Nessa época, ele já lecionava no curso de sociologia, da Universidade de Bielefeld (KUNZLER, 2004, p. 123).

Destarte, como para toda aurora há um crepúsculo, o autor veio a aposentar-se em 1993, o que não o impediu de continuar produzindo seus textos, que só se detiveram com advento de sua morte, em 1998. Deixando um legado de grandes adeptos e um acervo de mais de 300 artigos, tendo um *quantum* superior a 30 livros publicados (KUNZLER, 2004, p. 123).

Conquanto, essa foi uma breve, porém honrosa, explanação da vida e obra de Niklas Luhmann. Sociólogo que marcou a pós-modernidade. Logo, uma vez feita essas considerações, passamos a estudar um pouco a sua teoria.

2.2. A Teoria dos Sistemas

Inicialmente, precisamos perceber que a sociologia de Niklas Luhmann se encontra em constante evolução, e, desta forma, com a teoria dos sistemas não seria diferente. Na origem, a presente teoria surge atrelada à figura dos sistemas fechados, contudo, por carência de certos elementos que a deixavam inerte ao tempo, ela é colocada de lado com a chegada dos sistemas abertos, que parte da lógica da causalidade e que mantém uma relação de

¹⁵ Incentivado, principalmente, por seu amigo Helmut Schelsky (KUNZLER, 2004, p. 123).

continuidade, equilíbrio e estabilidade com o meio externo (GONÇALVES, 2013, p. 26).

Pois que, Luhmann passa a interpretar a sociedade como um sistema, observando-a com distinção entre sistemas (interior) e meios (exterior). Outrora, o autor ainda aponta que existem três grandes aparelhos, quais sejam: os vivos (ou orgânicos), o psíquico (ou pessoal) e o social, cada qual com suas específicas operações redutoras da complexidade (OLIVEIRA, 2010, p. 66). Oliveira ainda nos lembra que:

Tais modalidades ainda podem diferenciar-se em seu interior, criando subsistemas – como o jurídico, o econômico, o político –, com âmbito de atuação mais restrito, tendendo a aumentar a capacidade de seleção de informações, realizando funções específicas com maior eficácia (OLIVEIRA, 2010, p. 66).

Em verdade, tanto Luhmann, como Parsons não se limitavam a ser apenas sociólogos do Direito, mas sim, ambos eram acima de tudo, sociólogos em geral, abarcando os vários campos das ciências. No entanto, o estruturalismo funcional dele parte em sentido diverso do de Parsons, pois enquanto este buscava individualizar as condições necessárias para existência e a permanência de determinadas estruturas, Luhmann procurava delimitar as condições por meio das quais algumas funções essenciais para o sistema social poderiam ser realizadas (TREVES, 2004, p. 329).

E assim, para Luhmann, enquanto o ambiente externo era constituído por infinitas possibilidades na vivência que o mundo às dispõem (complexidade), o interno (sistema) seria composto por uma seleção dessas possibilidades, que de tal modo acabaria por selecioná-las, reduzindo, conseqüentemente, as demais (redução de complexidade).

De outra forma, não é nebulosa a certeza de que quando tratamos de possibilidades, estamos, em verdade, afirmando que essas possam ou não ocorrer, ou até mesmo serem diferentes do esperado (contingência).

Então, denota-se que de um lado nós possuiríamos a complexidade relacionada às diversas possibilidades no mundo (âmbito externo) e do outro, os sistemas que se relacionam às inúmeras possibilidades alcançadas pelo indivíduo (âmbito interno), assim, a complexidade faz-se como um todo, da qual o sistema mostra-se como parte deste.

Nessa esteira, como ressaltado, Luhmann nunca possibilitou que sua teoria deixasse de evoluir. “O próprio autor costuma insistir na continuidade deste processo. Tratava-se, desde o início, de desenvolver uma teoria que desse adequadamente conta da sociedade moderna” (GUIBENTIL, 2005, p. 221).

E, assim, a linha do tempo seguiu, e a sociedade passou a se mostrar ainda mais complexa, pois orbitava ao mundo uma gama de novas possibilidades alcançáveis aos indivíduos, conseqüência esta decorrente das grandes mudanças ocorridas no contexto social, tais como: as novas descobertas nas ciências biológicas, no fim dos anos 70 e

início dos anos 80. Reconhecendo Luhmann, nesse ponto, que houvera uma reorientação mais radical, ou como o autor optou por denominar, uma “mudança de paradigmas” (GUIBENTIL, 2005, p. 221).

Decerto, Luhmann passa a observar a sociedade por meio da “Teoria dos Sistemas Autopoéticos, cuja bases, como já tido, repousa no conceito de sociedade complexa” (MORAES, 2006, p. 67). Moraes, já destacava que:

A extrema complexidade e contingência apresentadas pelas sociedade pós-moderna exigiram um novo enfoque epistemológico com um caráter pragmático-sistêmico no sentido de suplantar as tradicionais matrizes epistemológicas do Direito. Para tanto, a Teoria Sistêmica de cunho autopoético, possibilita a tomada de decisões por parte dos sistemas frente a ambientes amplamente complexos e contingentes (MORAES, 2006, p. 71).

Logo, aquele que se encontra em uma sociedade interage com ele, e desta interação se extrai os comportamentos, que são as consequentes formas pelas quais nos posicionamos em determinadas situações, passando assim a transmitir as demais determinadas mensagens, “quer queira, quer não” (FERRAZ. JR, 2011, p. 76). Com esse olhar, Santos, ao tratar da complexidade, ainda recorda que:

Na experiência da modernidade, nos quais se revela a “complexidade do mundo”. Um dos principais é, sem dúvida, a questão da explosão da “informação”, que está ligada

ao aumento constante das quantidades de saber e de informação que, na sequência do aparecimento da imprensa e, mais recentemente, das técnicas electrónicas de armazenamento, transmissão e produção automática de dados do mundo, se encontram disponíveis (SANTOS, 2005, p. 125).

Nesse sentido, é cediço que a sociedade é resultado de uma convenção humana voltada ao equilíbrio harmônico em suas relações, assim, lembrando o magistério de Ferraz. Jr, a sociedade se mostra como “um sistema de interações, comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações” (FERRAZ. JR, 2011, p. 76). Desta forma, também se posiciona Treves, que lembra que o

autor vê os fenômenos sociais por meio da ótica da teoria geral dos sistemas e funda sua concepção de sociedade no conceito de sistema social, entendido como “uma conexão dotada de sentido de ações que se referem umas às outras e foram delimitados nos confrontos do ambiente” (TREVES *apud* LUHMANN, 2004, p. 329).

Assim, o homem, ao interagir com o próximo, passa a gerar essas informações e, deste modo, a sociedade é, pois, uma cadeia de mútuas mensagens, de constante comunicação entre os envolvidos, e esta permuta é o elemento básico dela, posto que o homem sempre interage, portanto, continuamente se comunica.

Nessa ótica, Guibentil ressalta ainda, que:

Luhmann define a sociedade como composta por comunicações. Isto é, quer distinguir claramente os factos sociais, comunicacionais, dos factos de consciência, do foro individual e psicológico. O raciocínio subjacente a esta opção é que os factos de consciência nunca podem ser apropriadamente conhecidos pelos outros indivíduos e que, logo, não podem fundamentar uma actividade social. Esta, pelo contrário, necessita de mecanismos que sejam tão independentes quanto possível das consciências das pessoas envolvidas (GUIBENTIL, 2005, p. 225).

Nesse diapasão, Ferraz. Jr. vai mais além e nos lembra que a forma de comunicação poderá se desdobrar em dois níveis: o nível do *cometimento* e o nível do *relato*, sendo que esse último é correspondente ao modo com a qual o indivíduo emana a mensagem, ou seja, transmite o conteúdo que deseja. Enquanto a primeira se relaciona com a informação que se extrai intrinsecamente dela, mas que dita de modo não verbal (FERRAZ. JR., 2011, p. 76). Exemplificando, atrevemo-nos a utilizar o exemplo dado pelo autor, em virtude de sua transparência em observação, e assim o fazemos:

Quando dizemos: *Sente-se!* O conteúdo transmitido é o *relato*. Esse último corresponde à mensagem *que emanamos*, ao conteúdo *que transmitimos*. Por exemplo, quando dizemos: *sente-se!* O conteúdo transmitido é o ato de sentar-se.

O cometimento corresponde à mensagem *que emana de nós*, na qual se determinam as relações (de subordinação, de coordenação), é que, em geral, é transmitido de forma não verbal (...). Por exemplo, o cometimento (mensagem sobre a relação) é diferente se a mensagem *sente-se*! É transmitida por um professor ao aluno, ou por um aluno a outro, ou por este ao professor (FERRAZ. JR., 2011, p. 76).

Destarte, quando nos comportamos acabamos por passar mensagens e, nessa interação, surge para ambas as partes uma expectativa de comportamento. Deste modo, o homem mostra-se inserido em um mundo de múltiplas possibilidades, sendo este sensorialmente constituído, não possuindo ele o discernimento suficiente para assimilar o quão das possibilidades que orbitam a sua ação. Por isso, Luhmann em outrora já afirmava que:

O mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes (LUHMANN, 1983, p. 45).

Em verdade, o que o autor denomina como complexidade nada mais é que a manifestação das múltiplas possibilidades que surgem em cada possível ação, e assim, o âmbito social no qual estamos inseridos nos força a agir não apenas amparados por nossas possibilidades, pois

neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável existem, além dos demais sentidos possíveis, *outros homens* que inserem no campo de minha visão como um “*alter ego*”, como fonte eu-idênticas da experimentação e da ação originais (LUHMANN, 1983, p. 46).

Deste modo, se evidenciasse que o homem se encontra em constante transmissão de informações com os demais, e nessa troca de mensagens todos eles são receptores e estão aptos às próprias expectativas, as mesmas sensações e desejos, consequentemente:

A partir daí introduz-se no mundo um elemento de perturbação, e é tão somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades (...). As possibilidades me são apresentadas na medida em que os outros as experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações propriamente suas. Com isso adquire a chance de absolver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo. Com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção (LUHMANN, 1983, p. 47).

Deste ponto, como bem cita o autor, surgir aqui à célula perturbadora, “e é tão-somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades” (LUHMANN, 1983, p. 46).

A despeito, conseqüentemente, o ordenamento jurídico da atualidade mostra-se como um edifício de estruturas complexas, e no caso do Direito, essa relação de sentido significa não só considerar as ações legalmente permitidas, mas, sobretudo nessa situação, deve-se esperar também as ações contranormativas (MORAES, 2006, p. 65). É dizer, ações que vão de encontro aos anseios sociais, assim postulados pela coletividade.

Isso ocorre uma vez que, ao expressar que algo é possível, estaríamos, na verdade, afirmando ser ele previsível, e não que ele é certo, determinado, que irá daquela ou desta forma ocorrer. Logo, a certeza não é a essência da probabilidade, nem tão pouco pela satisfação por meio dela obtida, sendo esta uma vertente que abarca em um polo o júbilo, e noutra a desilusão, seu desapontamento é o que o autor vai denominar de contingência (LUHMANN, 1983, p. 46.).

Ademais, há pouco se ressaltou que ao assimilar as expectativas do indivíduo, devemos observá-las por meio das perspectivas dos demais, assim, nos valeremos das palavras do autor que diz que:

Reconhecer e absolver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um

outro eu (...) Com isso, porém, tenho que conceder que o outro possui igualmente a liberdade de variar seu comportamento, da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente. Ele pode errar, enganar-se, enganar-me. Sua intenção pode significar minha decepção (LUHMANN, 1983, p. 47).

Desta forma, parte-se da contingência simples do campo da percepção individual ao nível da dupla contingência do mundo social. (LUHMANN, 1983, p. 47). Em palavras simples, se sai do individual ao campo coletivo. E assim, no mundo da probabilidade a certeza não reina e a satisfação é algo que está em jogo como uma moeda de duas faces.

Nesse mundo, os sistemas surgem como meios de estabilização, desenvolvendo estruturas de assimilação das expectativas, absolvendo e controlando a complexidade e a contingência de cada uma (LUHMANN, 1983, p. 47). Por sua vez, a redução da complexidade dependeria da própria estrutura do sistema, ou daquilo que Luhmann denomina como autopoiese (MORAES, 2006, p. 72). Logo, “na medida em que as situações comportamentais são complexas, há nelas também uma compulsão para selecionar expectativas e possibilidades atualizáveis de interação” (FERRAZ.JR, 2011, p. 77). Consequentemente,

Luhmann aprendeu com a fenomenologia que a experiência humana está estruturada de tal modo que a intuição presente de uma dada coisa “remete” (verweist) para conteúdos de experiência (Erlebnisse),

possíveis e futuros, dessa e de outras coisas” (SANTOS, 2005, p. 127).

E assim, “torna-se necessária a fixação de estruturas mediante as quais se possa reduzir a complexidade, a partir de operações seletivas que restrinjam as possibilidades de relação entre elementos” (GONÇALVES, 2013, p. 87). Ou seja, é necessário estabilizar as expectativas das ações possíveis para que possamos ter segurança aos aderentes do pacto social.

Então, a seletividade insurge selecionando as múltiplas possibilidades possíveis, “em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução” (LUHMANN, 1983, p. 54). Isso porque, como outrora visto, a desilusão se mostra como algo possível, portanto, “para ocorrência dos sistemas comunicativos sociais são desenvolvidos *mecanismos* que garantem, num certo grau de confiança, as expectativas em jogo contra a possibilidade de desilusões” (FERRAZ. JR, 2011, p. 77).

Decerto, ele surge então como filtro que se utiliza de técnicas de abstração, úteis a afirmar as expectativas, que antes eram infinitas e alforriadas, mas que agora passam a ganhar certa estabilidade e segurança. Logo, essa é a essência da estrutura, que acaba por transformar a seletividade antes enfraquecida, em uma seletividade fortalecida, ou nas palavras do autor, em uma dupla seletividade, “na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a” (LUHMANN, 1983, p. 54), e assim:

Em um mundo constituído sensorialmente, e, portanto, altamente complexo e contingente, torna-se vantajoso, e até mesmo imprescindível, referir os diversos passos da seleção uns aos outros. No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia (LUHMANN, 1983, p. 54).

Deste modo, a teoria dos sistemas sociais brota com a função de explicar a redução da complexidade no mundo e, uma vez o fazendo, sua estruturação alivia os agentes da carga da complexidade e da contingência que surgem com a seletividade (FERRAZ. JR, 2011, p. 77).

No entanto, Luhmann já alerta que o problema de toda estrutura reside no campo do desapontamento e, desta forma, “a racionalização de estruturas, portanto, envolve a dosagem da relação entre uma complexidade sustentável e carga suportável de desapontamento” (LUHMANN, 1983, p. 55). Teríamos aqui a dependência estrutural que se incorpora ao sistema, pois uma vez reconhecendo as leis naturais e os estabelecimentos normativos, seria necessário buscar mecanismos para reparação dos possíveis desapontamentos. Nesse campo, Luhmann ensina que:

Mesmo quando os desapontamentos se tornam visíveis e têm que ser inseridos na visão de realidade como objeto da

experimentação, ainda existe a alternativa de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou então sustentar a expectativa, e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante. Dependendo de qual dessas orientações predomina, podemos falar de expectativas *cognitivas* ou *normativas* (LUHMANN, 1983, p. 56).

Destarte, “expectativas duráveis são obtidas pelo desenvolvimento de dois mecanismos estruturais: Atitudes Cognitivas e Normativas” (FERRAZ. JR, 2011, p. 78). Aqui, Treves aponta que “as duas estratégias são equivalentes na medida em que desenvolvem de modos diversos a mesma função de neutralizar os riscos derivados das expectativas desiludidas” (TREVES, 2004, p. 330).

Em verdade, devemos compreender que no “nível cognitivo são experimentadas e tratadas às expectativas que, no caso de desapontamento, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas são abandonadas se alguém as transgride” (LUHMANN, 1983, p. 56).

Portanto, é mister compreender, e como já ventilado em outrora, que por meio do pacto social há uma clara distinção entre o indivíduo e a sociedade, e nessa fronteira entre ambos há o elemento comunicativo que os une por meio do mundo dos sentidos.

Desta forma, o sistema puramente cognitivo materializa-se como o *ser* das coisas, e nessa esteira o convívio almejado pelos indivíduos para sua vida em sociedade dá-se por meio da normatividade, ou seja,

identifica-se pelo *deve ser* da nossa existência social. E nesse diapasão, “o mundo cognitivo se rege pela maximização racional dos interesses do indivíduo, enquanto o normativo se orienta pelo cumprimento das normas destinadas a guiar a convivência social” (NETO, CARDENETE, 2014, p. 53).

Então, denota-se que enquanto à seara da expectativa cognitiva o desapontamento passa a significar uma necessidade de mudança, restando determinada a um processo de aprendizagem para sua reformulação, o mesmo não ocorre com a expectativa normativa, que uma vez defraudada não carece de ser modificada, pois não implica na perda de sua vigência, uma vez que o erro é imputado ao defraudador, assegurando-se com isso a manutenção da expectativa.

Ademais, como leciona Neto e Cardenete, “na compreensão normativa do social, as pessoas têm que cumprir deveres e, como contrapartida, são também titulares de Direito” (2014, p. 54). E assim;

Neste ponto, JAKOBS formula a **distinção entre o conceito de pessoa e de indivíduo**: este último é resultado de processo natural; e aquele é o produto social. Pessoa, afirma o professor germânico, é “o destinatário de expectativas normativas, titular deveres e, enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como observar-se não é algo dado pela natureza, mas uma construção social”. Pessoa é, enfim, “a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e uma consciência”.

Mediante seu corpo a pessoa consegue sua presença física e com sua consciência se comunica com outras pessoas. “As árvores e os rios não se comunicam (...) por isso não são destinatários de expectativas normativas (NETO. CARDENETE *apud* JAKOBS, 2014 p. 54) (Com Negrito no original)¹⁶.

No mais, após estas considerações, buscaremos exemplificar o que foi dito com um exemplo, para tanto, nos valeremos deste trabalho como elemento de comunicação, então o fazemos.

É sabido que, ao realizarmos uma pesquisa, uma gama de possibilidades surge frente ao *escritor*, como: quais temas tratar, quais livros adquirir, quais autores estudar etc. Aqui reside o campo das expectativas individuais, ligadas às possibilidades que surgem a cada ação adotada pelo *escritor*.

Nesse sentido, ao buscar adentrar ao tema, faz-se perceptível que ele pode acabar adquirindo livros de baixa qualidade, que versem sobre assuntos diversos que não aqueles almejados, ou simplesmente que não exaurem os anseios dele frente à pesquisa, fazendo surgir com isso o sentimento/sentido de decepção ante a ação realizada.

Destarte, ainda nestes dois primeiros parágrafos, já conseguimos ilustrar o que venha a ser as expectativas e a contingência, pois o horizonte de possibilidades que surgem

¹⁶ No segundo volume iremos retornar a essa distinção de indivíduo e pessoa, segundo a teoria de Jakobs. Contudo, para saber mais, leia “Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional”, de Günther Jakobs.

a cada ação, de igual modo também se prosta à probabilidade de decepção frente a ela.

Contudo, até então tratamos sobre a concepção individual, a saber, a seara do *escritor* na relação da delimitação da temática, porém a sociedade é composta por pessoas, e assim, avançaremos imaginando ser esse trabalho fruto do labor de um grupo de pesquisa.

Logo, observa-se que a cada possibilidade que surgir a um membro do grupo (relacionados aos temas, obras para pesquisar, segmentos dogmáticos etc.), igualmente se desdobram em outras inúmeras que surgem aos demais participantes, *coescritores*, pois é perfeitamente possível que um deles deseje seguir, por exemplo, a linha do Direito Penal do Inimigo idealizada por Günther Jakobs, ao qual nos filiamos.

Entretanto, outro membro do grupo pode, por sua vez, buscar adotar um direito penal do inimigo como “a terceira Velocidade do Direito Penal”¹⁷ ou, até mesmo, os demais podem aderirem à linha do Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, que também possui uma obra sobre o tema¹⁸, mas que caminha em sentido distante da visão de Jakobs. Logo, perceba que dessa interação resulta uma complexidade (ante as múltiplas possibilidades), necessitando estabilizar-se a demanda, pois se percebe que cada integrante possui uma liberdade de pensar, refletir e interagir.

¹⁷ Aqui se faz uma releitura de Jesús-Maria Silva Sánchez. Para saber mais, leia “Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade do Direito Penal” de Alexandre Rocha Almeida de Moraes. Editora Juruá. 2008.

¹⁸ Para saber mais, leia “O inimigo no Direito Penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni. Editora Revan. Coleção Pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro. 2007.

Este é o sistema social, complexos em face dos vários sujeitos que atuam nessa relação, por isso necessitamos do sistema para filtrar as possibilidades possíveis, delimitando quais linhas seguir, e assim, iremos reduzindo, conseqüentemente, a complexidade social.

Não obstante, ainda nos valendo do exemplo proposto, perceba que ao delimitarmos o que almejamos trabalhar, passamos a adquirir maior segurança frente às expectativas possíveis. Decerto, ao se delimitar a adoção da linha de estudo do Prof. Günther Jakobs, crivamos no grupo de pesquisa uma estabilização da expectativa e assim passamos a seguir na realização dos trabalhos tendo ela como um Norte.

Contudo, mostra-se perfeitamente possível que em um dado momento alguns acontecimentos façam com que venhamos a nos abeirar da concepção de Zaffaroni, defraudando-se a expectativa inicial. E isso pode ocorrer de forma consciente ou não. Nessa esteira, ao percebermos o erro, e para que possamos voltar à expectativa antes aspirada, basta que façamos o redirecionamento da nossa conduta e é desta forma que se materializa a expectativa cognitiva, que embora defraudada não gera uma carga valorativa elevada, pois uma vez redirecionada a conduta ao Norte ao qual se almeja, essa acabará por adentrar novamente ao rumo da expectativa antes aguardada, reconhecendo-se, com isso, que o erro foi do indivíduo (no caso, do pesquisador) e não da sociedade (no exemplo, o grupo de pesquisa).

Decerto, diversamente ocorre quando desrespeitamos um valor normativo, diga-se, quando não

veneramos um direito autoral, por exemplo, pois tal ação já se encontra normatizada¹⁹, ou seja, preexistentemente, a expectativa (do respeito aos direitos autorais) já se encontrava estabilizada normativamente e, assim, embora defraudada, a sociedade poderá seguir confiando naquele valor (de que os outros irão respeitar os direitos autorais), pois ela não repousava em erro²⁰.

Temos assim as expectativas (horizonte de possibilidades que surge a cada ação), cognitiva (que uma vez defraudada será reestabilizada com a mudança da ação) e as normativas (que já normatizadas possibilitam a sociedade se manter confiando nela, pois o erro partiu da ação do autor, então a conduta dele é que se encontra em erro, e não a expectativa que é errônea).

No entanto, é sabido que o mundo é complexo, e harmonicamente comunicável, então cada ação gera dados que são captáveis pelos diversos receptores do contrato social, ou seja, os demais signatários do pacto. Desta forma, ao ter acesso a este trabalho, o *leitor* também passa a criar uma expectativa, qual seja, de que o conteúdo que aqui se encontra seja apto a saciar sua busca pelo conhecimento, que o texto seja coeso e claro, e que expresse a mais fidedigna acepção do Direito Penal do Inimigo idealizada por Günther Jakobs.

¹⁹ Em nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 9.610/98 e, na seara criminal, presente no Código Penal em seu Título III, que versa sobre “os crimes contra a propriedade imaterial”.

²⁰ Daí a importância do princípio da legalidade no âmbito criminal, a qual assegura uma segurança jurídica.

Deste modo, observe que se tal expectativa venha a ser defraudada, isso acarretará um desconforto naquele *leitor* que redirecionará sua conduta para outras leituras mais atrativas, ou seja, ele modifica a ação e vai em busca de outros trabalhos que melhor se aproximem da teoria ora estudada, mantendo-se assim sua expectativa, qual seja, a cognitiva.

Doutro modo, ao ter acesso ao mesmo trabalho, o *leitor* busca encontrar a perfeita aplicação às normas que regulamentam os Direitos Autorais, e caso essa não ocorra, ou seja, havendo defraudação normativa, a expectativa ainda assim continuará vigente, não necessitando ser modificada, pois o erro deu-se por meio da ação do *escritor*, e não do *leitor*, e assim reside a expectativa normativa, que embora tenha sido defraudada pelos escritores, não necessitava ser modificada, pois o erro são destes, e não, daquele.

Nesse sentido, Luhmann afirma que no caso da expectativa normativa, embora haja o desapontamento, ainda assim a norma continuará vigente, pois o mundo é contingente e complexo e, portanto, passível de condutas inesperadas, todavia,

isso é considerado irrelevante para expectativa. Mas essa irrelevância não está fundamentada na experimentação natural (...) ela se baseia em processos de neutralização simbólica, pois uma expectativa propriamente dita, não vê indiferentemente sua satisfação ou seu desapontamento (LUHMANN, 1983, p. 56).

E conclui o autor referenciando a normatividade da expectativa:

As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência, na medida em que a vigência é experimentada, e, portanto, também institucionalizada, independente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “deve ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser”” (LUHMANN, 1983, p. 57).

Consequentemente, atitudes normativas materializam-se por meios de normas, e nesse contexto, manifestam expectativas cuja duração e estabilização é de modo contrafático, isto é, independe do cumprimento ou descumprimento da ação empiricamente esperadas, pois elas não são adaptativas, admitindo-se assim as desilusões como um fato, mas este, irrelevante (FERRAZ. JR, 2011, p. 78). Por conseguinte:

A sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na

adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas (LUHAMNN, 1983, p. 57).

Destarte, em verdade, o desapontamento das expectativas normativas mostra-se irrelevante, pois contrafaticamente a norma continuará vigente, e o cidadão poderá seguir confiando naquela expectativa, mesmo está sendo defraudada.

Portanto, aqui repousa para Luhmann a concepção de Direito, onde por meio dos sistemas a sociedade poderá estabilizar suas expectativas, e quando essas forem elevadas, normatizá-la. Pois, com isso, a sua defraudação não irá significar uma necessidade de mudança, mas sim da manutenção dela, uma vez que ela se mostra essencialmente válida e o erro recai no autor da ação.

E assim, por meio da expectativa, “Luhmann, define o Direito como a “estrutura de um sistema social que repousa na congruente generalização de expectativas normativas de comportamento”” (TREVES, 2004, p.330). Com isso, o Direito surge como fonte reguladora das relações sociais, e as expectativas normativas são a base para redução da complexidade existente na pós-modernidade. Mas onde fica o Direito Penal nisso tudo?

CAPÍTULO 3

O TERCEIRO PILAR - O FUNCIONALISMO SISTEMÁTICO DE GÜNTHER JAKOBS: O DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Para que possamos conceber o funcionalismo sistemático de Jakobs e, conseqüentemente, avançar na Teoria do Direito Penal do Inimigo, necessitamos, antes mesmo, voltar aos primórdios das escolas penais, identificando seus dogmas e suas evoluções para, a partir deste, chegarmos àquilo que hoje se entende por Delito²¹ e a relação que ele tem com o mundo jurídico. Então, o que é o Direito Penal e como conceituá-lo.

3.1. O Conceito de Direito Penal

Nesse momento, ainda que brevemente, iremos demonstrar o que venha a ser o Direito Penal. Em verdade, no campo do *dever-ser*, devemos partir da ideia de que ele se materializa como um ramo do Direito Público, pautado a identificar as condutas tidas como delituosas e contrárias ao ordenamento jurídico, então, para tais ações o legislador adveio a descrever certas penalidades²².

²¹ Em uma visão, principalmente, analítica do conceito.

²² Nesse sentir, é interessante perceber que a legalidade, conforme preceito Constitucional (Art. 5^a, XXXIX, da CRFB/88), resta respeitada quando o tipo penal adota em seu texto um preceito primário (conduta) e um secundário (sanção).

Assim, vários doutrinadores²³ passaram a se aventurar na busca dessa delimitação conceitual. Nisso, muitos acabaram por dividi-lo em enfoques, como o formal, material e sociológico. Nisso, inicialmente, vamos observá-lo por meio da legalidade.

Desta feita, como assegura o art. 1^a, do Decreto-Lei 2.848/40, só a lei é capaz de criar crimes e cominar as sanções penais cabíveis. Nessa descrição, para muitos, residiria o enfoque formal, ou conceito formal do Direito Penal. Nesse ponto, Cunha assevera que sob esse aspecto o “Direito Penal é um conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais, define os seus agentes e fixa as sanções a serem aplicadas” (2013, p. 30).

Sem sobra de dúvidas, a legalidade, e, conseqüentemente, os seus desdobramentos, são, pois, o elemento central que norteia a construção normativa criminal.

Isso decorre da própria Constituição de 1988, que em seu art. 5^a, XXXIX²⁴ e XL²⁵, já enumera a Reserva Legal e a Irretroatividade da Lei Penal como Direitos Fundamentais. Nessa linha, a doutrina recorda que tais Direitos são tidos como de Primeira Dimensão²⁶. Logo, tais

²³ Aqui optamos pela utilização de doutrinas mais modernas.

²⁴ Ao descreve que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5^a, XXXIX, da CRFB/88).

²⁵ Que aponta que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5^a, XL da CRFB/88).

²⁶ Nesse sentido, “as liberdades públicas, como acaba de ser afirmado, constituem a primeira geração de direitos fundamentais e consistem nos

valores são dirigidos à uma segurança jurídica²⁷, igualmente positivada no mesmo artigo, já em seu *caput*²⁸.

Ademais, a presente reserva se faz importante em respeito ao elemento democrático²⁹ que decorre da construção legal, tanto assim o é que a CRFB/88 vedou a edição de Medidas Provisórias ligadas à matéria criminal³⁰ e estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre o tema³¹ via lei ordinária. Portanto, é de perceber como o texto constitucional se fez essencial para salvaguarda do indivíduo que se abeira a uma perspectiva criminal, isso fez Masson apontar que

direitos que garantem uma esfera de liberdade de atuação dos indivíduos contra ingerências estatais” (SILVA, 2005, p. 547).

²⁷ Masson descreve que a segurança jurídica é “um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, confere estabilidade e certeza nas relações jurídicas, e proporciona a previsibilidade das consequências jurídicas das condutas praticadas pelos membros da coletividade” (2020, p. 16).

²⁸ Quando se cita que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes” (Art. 5^a, *caput* da CRFB/88) (*Grifo Nosso*).

²⁹ Nesse sentido: “a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*)” (MASSON, 2020, p. 16).

³⁰ A saber: Art. 62, § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: b) **direito penal, processual penal** e processual civil (*Grifos Nossos*).

³¹ Nesse sentido: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal, processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (*Grifos Nossos*).

A Constituição Federal de 1988, com visão democrática e protetiva do ser humano, foi especialmente detalhista ao estabelecer um amplo rol de normas destinadas a limitar o poder punitivo do Estado. Por esta razão, é comum falar-se em “Constituição Penal”, expressão utilizada no tocante ao conjunto de princípios e regras de Direito Penal contidas no texto constitucional. (2020, p. 15).

Outrora, o Direito Penal deve ser visto como a *última ratio* do Estado³², é dizer; ele “só deve preocupar-se com a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade” (GRECO, 2010, p. 46). Nesse diapasão, visualizamos o enfoque material, que preceitua a função do Direito Penal em sancionar as condutas causadoras de um relevante e intolerável dano aos bens jurídicos³³.

Indo mais além, em um enfoque sociológico, podemos entender ser o Direito Penal mais um mecanismo³⁴ pelo qual o Estado se utiliza para salvaguarda da ordem e do convívio social. Nesse sentido, Cunha ainda nos lembra que ele pode ser visto como “o conjunto de normas com a missão de elevar certos comportamentos humanos à categoria de infrações penais, cominando sanções àqueles que os praticam” (2013, p. 31). Nisso, de modo semelhante, Neto e Cardenete ainda afirmam que:

³² Aqui reside o chamado princípio da intervenção mínima, que possui duas subespécies, a saber: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

³³ Tal conceito se apega aos preceitos postulados pelo funcionalismo teleológico de Claus Roxin.

³⁴ Ao lado do Direito Constitucional, Civil, Administrativo etc.

o Direito Penal é o setor do Ordenamento Jurídico que tipifica (como delitos ou estados perigosos) comportamentos, atribuindo-lhes penas ou medidas de segurança, com a finalidade de salvaguardar os interesses essenciais de uma comunidade (2014, p. 24).

Destarte, Bitencourt ao conceituá-lo, passa descrever ser “um conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes” (2012, p. 34). E assim, igualmente o faz Nucci, lembrando ser ele “o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação” (2013, p. 71).

Portanto, conclui-se que o Direito Penal é o ramo do Direito Público pelo qual o Estado se vale em busca de tipificar certas condutas tidas como contrárias ao interesse social. Para esse fim, o legislador passa, por meio da lei, a descrever as ações e as sanções que se aplicam ao descumpridor da norma jurídica criminal. No entanto, qual é a origem do *jus puniendi* do Estado?

3.2. A Evolução do Direito Penal

Evidenciou-se, desde a leitura de Hobbes e Rousseau, que o homem ao aderir o pacto social abdicou de seu estado natural e ascendeu ao estado cívico. A partir da citada organização surge a sociedade e, com ela, o Direito. Sendo um dos desdobramentos deste, o Direito Penal,

responsável por regular a atividade repressiva criminal³⁵ do Estado.

Ocorre que desde os tempos primitivos a humanidade convive com a violência. Hobbes destacava, por exemplo, que o homem em seu estado natural era um ser violento, portanto, não havia segurança. Beccaria, igualmente, já ressaltava que:

As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fadigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo (2012, p. 17).

Em verdade, o homem “desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição” (NUCCI, 2013, p. 77). Contudo, esta não

³⁵ Nos referimos desta forma uma vez ser notório que há outros ramos do direito que trabalham com a sanção, aqui, a título de exemplo, podemos falar no direito civil com a indenização, o tributário com suas multas, o administrativo etc. Daí a importância da análise da intervenção mínima do direito penal sob a ótica da fragmentariedade. Contudo, é de se perceber que só este ramo detém a capacidade para aplicação de sanções que sejam privativas de liberdade.

seria reconhecida como uma pena, pois antes da fixação do pacto não havia Direito positivo, e com isso não há o que se falar em justiça. Então, os castigos, diga-se, as contraprestações imputadas ao defraudador não eram vistas como penas, mas sim como vingança (CUNHA, 2013, p. 41).

E, deste modo, para que possamos compreender o Direito Penal, necessitamos antes mesmo adentrar a gênese do Direito repressivo, adotado por outras civilizações de nosso passado. No entanto, como outrora já reverenciado, no início não existia um poder regulamentador, e as determinações que os grupos seguiam estavam pautadas nos costumes e não na normatividade, àquelas, porém, eram influenciadas pelo sentimento divino. Destarte, Bitencourt recorda que “as diversas fases da evolução da *vingança penal* deixam claro que não se trata de uma progressão sistêmica, com princípios, períodos e épocas caracterizadoras de cada um de seus estágios” (2012, p. 70).

Evidentemente, em tais ocasiões, não se vislumbravam os preceitos da dignidade da pessoa humana, da legalidade e razoabilidade, quiçá o princípio da humanidade da pena. Deste modo, o que havia, na verdade, era uma abundância de penas de caráter cruel e desumanas. Tanto assim o é, que Greco já ressaltava que “desde a antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal praticado” (2010, p. 463).

Nesse ponto, podemos até citar Foucault, que na primeira parte de sua obra *Vigiar e Punir: o nascimento da*

prisão, já apontava o suplício dos corpos na execução penal, onde o implemento delas jazia em um espetáculo público (2014, p. 13).

Portanto, ao reconhecermos a vingança como uma fonte primal de contraprestação social, devemos observá-la em face de sua tríplice divisão, mais aceita pela doutrina, que a represento por meio da vingança divina, privada e pública, todas elas marcadas pelo forte sentimento religiosos/espiritual reinantes em nosso passado (BITENCOURT, 2012, p. 70).

3.2.1. Da Vingança Divina à Vingança Pública

“Procura pelos deuses onde quer que sopra o vento” **Poema Asteca** (WIKLINSON, 2011, p. 36)

No início, as religiões eram fontes norteadoras dos mais diversos grupos humanos, a crença em deuses ou em um deus soberano influenciou o modo de agir e lidar com os seus semelhantes, pois as condutas eram direcionadas pelos ensinamentos destes.

Decerto, a origem de tais segmentos religiosos decorre de datas incalculáveis, porquanto, desde quando o homem passou a viver na terra ele calhou em lidar com fatos ditos sobrenaturais. E, assim, por vezes os associava às iras divinas, mas que em muitas das ocasiões não passavam de forças da natureza, como raios, chuvas torrenciais, desmoronamentos etc. Destarte, nas sociedades primitivas, esses os fenômenos naturais maléficos eram tidos como manifestações divinas, que representavam a ira dos deuses.

Logo, era preciso agir para apaziguá-los (BITENCOURT, 2012, p. 70).

Nessa esteira, o homem se submetia a condutas descritas como aceitáveis pelos líderes espirituais, e a desobediência a elas causavam grandes consequências ao grupo³⁶. Inúmeros eram os ritos e os costumes deles e a história mostra que cotidianamente sacrifícios e oferendas eram praxes para abrandar os deuses. Assim, o fundamento da sanção convergia a redimir o grupo da ação impetrada pelo indivíduo, então esse é que deveria sofrer a cólera daqueles em que os clãs cultuavam (NUCCI, 2013, p. 77). Desta feita, o *quantum* da penalidade era medido pela crueldade, rigor, e a magnitude da grandeza do deus ofendido, pois só assim há purificação da alma do criminoso e, conseqüentemente, o clã permaneceria livre da vingança do divino (BITENCOURT, 2012, p. 71).

Logo, esses foram os primeiros passos da sanção imposta ao sujeito, porém, a sociedade evoluiu, e passou a vivenciar a segunda fase, ao qual se convencionou chamar de *vingança privada*. Por ela, a reação perpetrada pela comunidade em face ao transgressor não mais abeira-se tão somente aos valores religiosos, mas sim a um direito de contraprestação que a própria vítima exerce, ou até mesmo grupo social, para com o indivíduo (CUNHA, 2013 a, p. 41).

³⁶ Alguns autores chamam as presentes condutas de “infrações totêmicas”. Expressão que faz alusão os totens que eram a representação dos deuses (Bitencourt 2012. p. 70).

Nesse sentindo, Bitencourt lembra que:

Para vingança privada, que poderia envolver desde o indivíduo isoladamente até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação de grupos. Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), deixando-o à mercê de outros grupos, que fatalmente o levariam à morte. Quando, no entanto, a violação fosse praticada por qualquer estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue” verdadeira guerra grupal (2012, p. 71).

Todavia, assim como ocorria na vingança divina, a ausência de regulamentação daquilo que era proibido e, sua consequente sanção, fazia surgir reações desproporcionais, que atingiam não só o infrator, mas em muitas das vezes seus familiares e terceiros. O que ocasionava um conflito pluriofensivo, um verdadeiro caos social. Nessa seara, como bem preceitua Nucci, “a vingança privada nunca teve sucesso, pois implicava na essência, em uma autêntica forma de agressão” (2013, p. 78), gerando um ciclo vicioso que tendia a levar o extermínio dos clãs.

Em verdade, o que se chamava de vingança privada é o que hoje denominamos como autotutela³⁷, e assim era

³⁷ Que dentro do Direito Penal Moderno (DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940) é considerado como crime, a saber: Exercício arbitrário das próprias razões - Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa,

necessário retirar da população o *jus puniendi*, centralizando-o na figura de um soberano para se evitar a desproporcionalidade das penas, bem como a potencialização do sentimento de vingança que dela surgiria. Assim, evitava-se dar margem ao contra-ataque, ou seja, a possibilidade da vítima, diretamente, obter do infrator um direito ao dano que este o praticou. Então, transfere-se para o líder do grupo essa função.

E um dos principais marcos deste período foi a *lei do Talião*, determinando uma reação proporcional ao mal praticado. “Nessa época, prevalecia o critério do talião (olho por olho, dente por dente), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer do mesmo mal que causara a outrem” (NUCCI, 2013, p. 77).

Nessa esteira, com a centralização do poder na figura do líder do grupo, passou-se a existir maior segurança ante as decisões tomadas. Nucci recorda que esse período foi muito importante na evolução do Direito Penal, pois, embora havendo penas brutais, essas eram aplicadas com maior equilíbrio entre a conduta praticada e a sanção imposta (NUCCI, 2013, p. 77). Logo, ela representou “a primeira tentativa de humanização da sanção criminal” (BITENCOURT, 2012, p. 71).

A lei do Talião foi adotada pelo código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (Hebreus) e na Lei das XII Tábuas (Romanos). Contudo, por meio dessa política de igualdade, da conduta à sanção, a população passou a ficar deformada

além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

pela perda de membros, sentido ou função, pois era o que o direito talional propiciava (NUCCI, 2013, p. 77).

Logo, com o avanço na dogmática social, a chegada da república e a consequente estruturação desta, o Estado passou a avocar o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo assim a *vingança pública*.

Portanto, é de se observar que da fonte da reprimenda evoluímos da vingança religiosa à privada, onde as desproporções e as crueldades se mostraram evidentes. Na primeira, de forma mais cristalina e ligada à divindade. Já a derradeira mais obscurecida, porém de igual forma degradante e desumana, carecendo de ser modificada.

De ambos os clamores, retira-se o plano de aplicação da sanção pelo soberano, e como bem lembra Gomes, “historicamente a pena pública surge em decorrência de um longo processo de monopolização pelo Estado da vingança privada e da Lei do Talião, que superou a ideia do ódio ou da vingança contra o infrator e introduziu o mecanismo do julgamento dos fatos de forma “desapaixonada” e “objetiva”” (2009, p. 460).

Nessa fase, prescreve Bitencourt, “o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal” (2012, p. 72). Desta feita, com a vingança pública, obtivemos o que hoje podemos descrever como primeiros indícios da pena jurídica. O Estado aparta aplicação da sanção pelo particular e avoca o poder-dever de punir.

Em qualquer sorte, em todas essas fases há uma única certeza, de que as penas possuíam em sua essência certo resquício de crueldade e maldade, concomitante, ainda assim havia elementos religiosos pairando por todas as fases. No entanto, essa mostrou-se como nascedouro do que hoje podemos chamar de pena, mas que também sofrerá mudança com as chamadas Escolas Penais.

3.3. Escolas Penais

Depois de exauridas as fases da vingança, ou seja, o *jus puniendi* primitivo, passamos a adentrar a análise da dogmática jurídico-penal, pois tão importante quanto a história do Direito Penal é a sistematização do conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Nesse sentido, Bitencourt, citando Muñoz Conde, lembra que

a dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções jurídicas em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, mesmo estando ajustado a certos limites, necessita de controle e da segurança desses limites (BITENCOURT *apud* MUÑOZ CONDE, 2012, p. 93).

Consequentemente, muitos começaram a olhar para esse ramo sobre uma nova perspectiva e, nessa esteira, no século XIX passa a surgir o positivismo, que se utilizava das ciências experimentais como fonte do conhecimento humano. Para tanto, apegava-se ao método científico

indutivo, e deixava o método causal explicativo à seara da produção científica (BITENCOURT, 2012. p. 94).

Com efeito, lembra Bitencourt, que “no século XIX surgiram inúmeras correntes de pensadores estruturadas de forma sistemática, segundo determinados princípios fundamentais” (2012, p. 94). Logo, nessa busca, destacou-se a utilização de métodos da sociologia, da antropologia, biologia etc., como substituição à valoração jurídica do delito, pois nessa época a Criminologia passou a ser tratada como uma ciência autônoma, empírica e interdisciplinar, dedicada ao estudo do crime, do criminoso³⁸, da vítima³⁹ e do controle social.

Contudo, durante aquele lapso ainda obtivemos pensadores que dividiam o positivismo em científico e jurídico. Nesse sentido, Bitencourt destacando Muñoz Conde lembra que:

O *positivismo jurídico* foi, portanto, o resultado dessa nova mentalidade no âmbito da doutrina jurídica: encontrou no dado real do direito positivo o material empírico suscetível de observação científica, e adotou perante ele um *método descritivo* e classificatório assemelhado, em parte, ao utilizado pelas ciências naturais. O positivismo, enquanto *cientificismo*, convenceu-se de que a

³⁸ Classicamente a criminologia só contava com dois objetos de estudo, a saber: o crime (Escola Clássica) e o criminoso (Escola Positiva). Com o pós-segunda guerra se adere a estes objetos à vítima e o controle social.

³⁹ A vítima só passa a ganhar espaço nos estudos criminológicos após a 2ª Guerra Mundial, por meio de um prisma humanista decorrente das perseguições nazistas a determinados grupos.

certeza que dominava as ciências físicas-experimentais – *métodos positivos* – absorveria e resolveria todas as questões que a sociedade apresentasse, cabendo à ciência a função de reorganizar a sociedade ordenadamente ((BITENCOURT *apud* MUÑOZ CONDE, 2012, p. 95).

Portanto,

a missão da *nascente dogmática penal* consiste na exegese, e sistematização do Direito positivo por meio do *método indutivo*, “trata-se de deduzir da lei a solução aplicável ao caso mediante a ‘construção jurídica’, isto é, através da abstração progressiva dos conceitos específicos aos mais gerais” (Bitencourt. 2012, p. 95).

Desta forma, evidencia-se que há um nítido encontro entre as diferentes correntes positivistas: o método indutivo, causal explicativo, aplicado para a elaboração de conceitos, e assim, a partir dessa divergência de pensamentos, que em momentos convergem, e doutros divergem, surgiu o que se convencionou chamar de Escolas Penais.

Destarte, Cunha apresenta as “escolas penais” pela busca dos “diversos doutrinadores ou conjunto de doutrinadores que, em dado momento histórico-político, investigaram institutos como o crime, o delinquente e a pena, construindo assim os pilares do sistema penal da sua época” (2013, p. 44). Recorda o autor, ainda, que tal nomenclatura, às vezes, calharia de ser incerta ou

imprecisa, pois em uma mesma escola poderia haver autores com pensamentos divergentes (CUNHA, 2013, p. 44).

Outrora, muitas escolas surgiram em nosso passado, algumas com grandes destaques, como a Escola Clássica e a Positivas, onde se encontravam os fundamentos e fins do Direito Penal eminentemente antagônico. Em verdade, lembra Cunha que essas duas escolas foram primordiais à própria história do Direito Penal, servindo como alicerce para todas as demais que porventura vieram a surgir (2013, p. 44).

Deste modo, para que possamos compreender a dogmática jurídico-penal, necessitamos antes mesmo adentrarmos as linhas de visão dos pensadores que influenciaram a elaboração desta matéria.

Então, neste ponto, iremos nos abster a tratar, ainda que brevemente, apenas das escolas Clássicas e Positivistas. Não obstante, quanto às demais, decorre à certeza de que elas foram primordiais para chegarmos ao que hoje chamamos de sistema penal, porém, elegemos estas por versar mais singularmente sobre o sistema penal vigente. Logo, Bitencourt nos lembra que “não houve, contudo, um processo linear de evolução do pensamento sistemático, porque também está vinculado às vicissitudes políticas, sociais, culturais e econômicas das sociedades, desde o advento do Iluminismo até nossos dias” (2012, p. 94).

Desta feita, carece esse momento de pausarmos o caminhar do trabalho para elencarmos algumas características deste processo evolutivo epistemológico do Direito Penal, pois como bem prevalece Moraes, citando

Mezger, “não é possível compreender ramo algum do Direito em sua situação atual sem conhecer o seu desenvolvimento histórico” (MORAES *apud* MEZGER, 2006, p. 86), e assim, estudaremos as Escolas Penais Clássicas e Positivistas, e, de tal modo, passamos a fazê-las.

3.3.1. Da Escola Clássica à Escola Positivista

Quando falamos em Direito Penal, a primeira imagem que se materializa em nosso campo cognitivo é a figura do crime, esta afirmativa não é errônea, na história, grandes pensadores se debruçaram em busca de estudar tal segmento, assim o foi com Platão, Aristóteles e tantos os outros que saíram à procura de identificar este instituto criminal.

Platão, em seu livro *As Leis*, descreveu ser o crime uma doença que só poderia ser curada com a pena. Aristóteles, em *Ética a Nicómaco*, assim também o fez, afirmando que o criminoso deveria ser visto como um inimigo da sociedade.

Destarte, esses foram apenas alguns dos propulsores do estudo da criminologia⁴⁰, porém, em dados momentos da história outros pensadores do mesmo modo voltaram suas atenções para o estudo não apenas do crime, mas sim daquele que é a fonte da conduta delituosa.

⁴⁰ Que modernamente é tratada como uma disciplina autônoma, empírica (ciência do *ser*) e interdisciplinar. Que tem como objeto de estudo: o crime (enquanto fator social), o criminoso, a vítima (que ganha espaço, em especial, com o pós 2ª Guerra-Mundial) e o controle social (que tendo como finalidade combater a criminalidade por meio de métodos preventivos).

Assim, já lembrava Moraes, que se analisássemos os períodos da evolução histórica do Direito Penal e, superado o período da vingança, perceber-se-ia que as escolas que mais influenciaram o sistema penal atual, sejam pela teoria do Delito, sejam por meio da finalidade da pena, foram, em verdade, as escolas do período humanitário e Científico (2006, p. 95).

Nessa esteira, o primeiro era marcado pelo surgimento da Escola Clássica⁴¹, que buscava entender os elementos que orbitavam o núcleo do crime. E assim, o Iluminismo, existente na Europa nos séculos XVII e XVIII, mostrou-se crucial para adoção deste segmento. Este fez com que as chamadas Escolas Clássicas ascendessem por meio da insatisfação da burguesia às formas com as quais o rei punia seus súditos, ocasionando um mal-estar entre os burgueses e a nobreza.

Com ele, vários pensadores desbravaram-se no diálogo do homem e da criminalidade, como podemos citar o filósofo inglês John Locke (1632 – 1704), que por muitos é até hoje considerado como o pai do Iluminismo. Além deste, Charles de Montesquieu (1689 – 1755), com seu ilustre livro *O Espírito das Leis*, François-Marie Arouet, (1694 – 1778), Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), entre tantos outros que se desbravaram em busca daquela seara.

Desta feita, ainda nesse período, porém, agora na Itália, e influenciado por tal movimento, Cesare Beccaria, lança sua obra intitulada *Dos Delitos e Das Penas*, que representou um dos alicerces do período da humanização

⁴¹ Os principais nomes desta escola são: Cesare Beccaria, Francesco Carrara e Giovanni Carmignani.

das Ciências Criminais, e como bem ressalta Bitencourt, tal obra “teve importância vital na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos” (2012, p. 81).

Ademais, Moraes, acentuando o que dissera Garcia, recorda que esse foi “o primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito Penal, que se encontrava em profundo atraso, assinalando a crueldade das sanções, que eram requintadamente desumanas” (MORAES *apud* GARCIA, 2006, p. 87).

Nesse ponto, Bitencourt ainda afirma que a obra de Beccaria “marcou o início definitivo do Direito Penal Moderno, da Escola Clássica de Criminologia, bem como da Escola Clássica do Direito Penal” (2006, p. 80). E recorda que o grande mérito dele residir no fato deste falar de forma clara e direta ao povo, e não mais apenas às classes altas, possibilitando o acesso daqueles à informação, o que antes não existia, “desta forma, conseguiu, através da eloquência, estimular os *práticos* do Direito a reclamarem dos legisladores uma reforma urgente” (BITENCOURT, 2006, p. 81).

Cunha aponta que Beccaria tinha como principal expoente o combate aos excessos nas penalidades impostas, que antes eram a marca dos regimes absolutistas, mas que agora carecia de ser humanizada (2013, p. 45). E assim, a maior característica que se extrai desta escola reside em seu método dedutivo, que parte do direito positivo vigente para, então, passar às questões jurídico-penais.

Nela, como já citado, a preocupação central reside na forma como o crime seria visto, e nas sanções penais que

a estes eram imputadas. Por isso a aceção de que se tratava, na verdade, de um período humanitário, e não propriamente científico⁴².

Destarte, Beccaria é categórico ao adotar, ainda nos seus dois primeiros capítulos, a posição de que os homens se ligam à sociedade por meio do pacto social. Logo, “as vantagens da sociedade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros” (2012, p. 13). E assim, os homens se reuniram em sociedade de modo a sofrer o mínimo possível.

Conquanto, a partir desta obra, o autor passa a revolucionar o que antes se entendia como *jus puniendi*, muitos doutrinadores, como Bitencourt (2012, p. 80), descrevem que ele passa a demonstrar que as leis não apenas precisam ser justas, mas claras ao povo, que naquele tempo só gozavam de opressão. E assim, evidenciando tal período, o autor afirma:

A humanidade sofria o jugo da inexorável superstição; a avareza e a ambição de um reduzido número de homens poderosos que enchiam de sangue humano os palácios dos senhores e os tronos dos reis. Havia traições secretas e morticínios públicos. O povo tinha na nobreza apenas opressores e tiranos; e os que pregavam o Evangelho, enodoados na carnificina e com as mãos cheias de sangue, ousavam oferecer aos olhos do povo um Deus misericordioso e de paz (BECCARRIA, 2012, p. 23).

⁴² Para muitos, o período científico só se inicia com a escola positiva, em especial, a partir dos estudos de Cesare Lombroso.

Nesse diapasão, ele evidencia que o homem, por ser um sujeito livre e racional, detentor de suas decisões, é também compelido a arcar com suas consequências, e desta forma, “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARRIA, 2012, p. 99). Logo, é de se perceber que um dos objetos centrais desta escola reside na responsabilidade penal em razão do livre-arbítrio.

Desta feita, como bem descreve Cunha, os novos modelos jurídico-penais, tão difundidos no *Do Delitos e das Penas*, foram adotados em diversos países, assegurando-se aos homens as garantias antes defendidas por Beccaria, porém, “faltava, naquele instante, o aprofundamento do estudo da criminalidade, sobretudo como forma de evitar a expansão. É nesse contexto que surgirá a Escola Positivista⁴³ que ficou eternizada na figura de Cesare Lombroso” (2013, p. 45).

A chegada do período científico ocorre com a Escola Positiva, que tem como fundador Cesare Lombroso, e é marcada pelo estudo da antropologia criminal. Nela, o autor passa a defender a tese da existência daquilo que ele chamou de um “criminoso nato”, que seria um ser antropologicamente diferente das outras pessoas, possuindo características fisionômicas especiais. Por meio dessa visão, o delinquente é o resultado do atavismo, ou seja, uma

⁴³ Os principais nomes dessa escola são: Cesare Lombroso, Rafeale Garofalo e Enrico Ferri.

herança genética passada de pai para filho (LOMBROSO, 2013, Prólogo). Cunha ressalta que “para Lombroso, a constituição física do agente permitia a conclusão pela sua natureza criminoso” (2013, p. 45).

Nessa esteira, a Escola Positivista passa a se valer do método indutivo, de observação dos fatos, da captação das experiências físicas e naturais (MORAES, 2006, p. 89), e assim, diferentemente da Escola Clássica que estudava o crime como entidade jurídica, essa passa a ver o delinquente como o foco do presente estudo.

Ademais, essas foram apenas explanações de ambas as escolas que fundamentaram o modo de se estudar a seara criminal. Todavia, esse panorama recairia inofensivo se só falássemos da evolução punitiva e a gênese do estudo da criminologia, ou de como podemos conceituar, aquilo que hoje chamamos de Direito Penal.

Portanto, neste momento, devemos averiguar a estrutura que comporta o crime, ou como doutrinariamente reconhecido, o enfoque analítico dele. Para tanto, vamos observá-lo sobre a ótica das teorias que tentaram identificar essa estruturação.

3.4. O Cenário da Teoria dos Delitos na visão do Causalismo, Neokantismo, Finalismo, e a chegada ao Funcionalismo Penal

3.4.1. Do Causalismo ao Finalismo

A Ciência Penal, como vimos, foi erguida por meio das influências postas pelas diversas fases das Escolas

Penais e, sobretudo, do próprio desenvolvimento histórico do Direito Penal. A partir daí, como não poderia ser diferente, a Teoria do Delito acaba por passar por grandes e significativas transformações, e assim passaremos a compreendê-las um pouco mais.

Uma das mais importantes teorias do delito fora a Causalidade (ou naturalista), idealizada por Franz Von Liszt e vivenciada, inicialmente, no final do século XIX e princípios do século XX, ela passa a reconhecer o crime como sendo fruto de um fato natural (GOMES, 2009, p. 131). Nesse sentido, a vontade humana se materializava por meio da ação, sendo ela definida, unicamente, como um movimento corporal voluntário, que causa uma modificação no mundo exterior, ou nas palavras do autor:

As circunstâncias que são a condição para que se siga um efeito jurídico consistem sem exceção alguma em factos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Mas os efeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados factos. As circunstâncias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos, que independam da vontade humana, mas somente ações humanas (VON LISZT, 1899, p. 193).

Destarte, ele evidencia que ““a ação é pois um fato que repousa sobre a vontade humana”, e a mudança do mundo exterior é decorrente desta vontade, e assim, uma vez ausente, não há ação, não há injusto, não há crime” (VON LISZT, 1899, p. 193). Nesse ponto, como se

visualiza, nenhuma valoração era permitida. Porquanto, “nenhuma valoração metafísica era concebida como possível” para o causalista (GOMES, 2009, p. 131). Logo, o sistema naturalístico foi

construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores. Daí a preferência por conceitos avalorados, emprestados às ciências naturais, à psicologia, à física, à sociologia (GRECO, 2005, p. 2).

Denota-se, nesse sentido, que a ação seria dada por um ato de vontade, e assim:

Este apresenta-se como movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica ou psychophysica, mas por ideias ou representações e efetuada pela inervação dos nervos motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem pois os dois elementos igualmente importantes da ideia de ação como comissão (VON LISZT, 1899, p. 198).

Logo, Gomes afirma que Franz Von Liszt passou a delinear “o seguinte conceito dogmático (ou analítico) de delito: “ato contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena”” (2009, p. 131). Desta feita, a função naturalista se dividiu em duas elementares; objetivas e Subjetivas: A

primeira compreendia a valoração do ato; já a segunda referia-se à valoração do seu autor. (GOMES, 2009, p. 132).

E desta forma,

O positivista age de modo unívoco, classificando por critérios formais: tudo que for objetivo é posicionado no injusto; já o subjetivo vai para culpabilidade. E tudo que houver de valorativo, cai na antijuridicidade; o tipo e a culpabilidade são puramente descritivos (GRECO, 2005, p. 2).

E com isso:

O sistema acaba com a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos; a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. O tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente e o fato (GRECO, 2005, p. 2).

Ademais, superando essa visão, positivista-naturalista, adotada pelo causalismo, surge o neokantismo ou neoclássico, que descarta a dogmática formalista classificatória do naturalismo e passa a abraçar um sistema teleológico, referido a valores (GRECO, 2005, p. 3). Em

relação a este sistema, Gomes recorda que a preocupação central da corrente reside na adoção de elementos de conteúdo material (valorativo), pois o Direito Penal existe para realização de valores, não se mostrando como uma ciência neutra, ou meramente classificatória (2009, p. 133). E assim;

Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível (GRECO, 2005, p. 3).

Desta feita, o tipo passava a ser compreendido em sua dimensão material, cedendo à descrição de uma modificação no mundo exterior para se tornar a representação de uma ação socialmente lesiva e antijurídica (MORAES, 2006, p. 97). E com isso:

A antijuridicidade deixa de ser formal, contrariedade à norma, para tornar-se material: lesividade social. Com isso abriu-se espaço para a sistematização teleológica das causas de justificação e para a busca de seu fundamento, que era buscado em teorias que consideravam lícito o fato que fosse “um justo meio, para um justo fim”, ou aquelas ações “mais úteis que danosas”. A culpabilidade torna-se culpabilidade normativa: juízo de reprovação pela prática do ilícito típico.

Florescem as discussões em torno do conceito de exigibilidade (GRECO, 2005, p. 3).

Destarte, a chegada do sistema neoclássico não alterou o conceito analítico de crime já existente, permanecendo ele como fato típico, ilícito e culpável. Contudo, há uma singela modificação em relação ao conteúdo que é dado a cada um destes substratos, pois como outrora elencado por Greco, seria típico o fato valorado negativamente pelo legislador, a antijuridicidade repousava não apenas na formalidade, mas também na materialidade, e pôr fim à culpabilidade não se limitaria à seara da psicologia, mas também ao campo da normatividade (2009, p. 133).

No entanto, com o pós segunda-guerra o mundo começou a observar o Direito Penal a partir da ótica da Teoria Finalista da Ação, idealizada por Hans Welzel (1904-1977), muito embora ela tenha sido concebida antes mesmo, porém seu apogeu só se deu no período entre 1945 e 1960 (GOMES, 2009, p. 133).

Cunha rememora que a Teoria Finalista representou um marco na evolução da análise da conduta delitativa e dos elementos do crime, uma vez que a concebeu como um “comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim” (2013, p. 163). Ou seja, por meio dela se inseriu na ação a finalidade almejada pelo indivíduo detentor da conduta. É dizer, o elemento psíquico que antes era valorado na culpabilidade (dolo normativo) agora migra para própria ação delitativa (dolo natural). Deste modo, com a citada modificação, surge no campo da culpabilidade a

potencial consciência da ilicitude do fato.

Ademais, a Teoria de Welzel abandona o pensamento abstrato e logístico próprio da teoria neoclássica, e abraça o conceito de ação a partir de uma percepção mais ontológica. Decerto, a conduta deixa de ser concebida como mero ato voluntário de contração muscular que gera uma modificação no mundo exterior, e passa a associar-se a uma finalidade.

Nesse sentido, Fonseca adverte que “a crítica ao causalismo partia do exame de uma ação meramente mecanicista, para a qual pouco importava o conteúdo da vontade do agente, sendo relevante apenas o resultado naturalístico” (2009, p. 164). E assim, o fundamental da teoria finalista, como descreve Gomes, não é mais o desvalor do resultado, conforme preceitua o causalismo e o neokantismo, mas sim o desvalor da ação do autor por meio de sua conduta (2009, p. 133).

Portanto, grande parte da doutrina entende que o finalismo foi adotado pelo ordenamento criminal brasileiro. No entanto, críticas ainda recaem sobre ele, uma vez que se posiciona inerte ao tratar da finalidade nas condutas culposa e omissiva.

Não obstante, essas foram apenas algumas das premissas voltadas às teorias do delito que circundam a seara jurídica penal. Ademais, prosseguiremos agora ao campo do funcionalismo penal, e assim o façamos.

3.4.2. Do Funcionalismo

Os conceitos causais do delito, adotadas pelo Causalismo e o Neokantismo, foram, no dia a dia,

abandonadas após as conquistas auferidas pela admissão do dolo no elemento típico da estrutura do crime. Todavia, isso não significa que os estudos criminais findaram, pois como toda ciência esse ramo é complexo e cheio de novas visões. Então, já na década de 70, outra teoria passou a ganhar terreno nos debates que permeavam o conceito analítico do delito, conhecida corrente funcional, nomenclatura está decorrente, como afirma Gomes, da busca incessante da função do Direito Penal (GOMES, 2009, p. 134).

Não obstante, o autor ainda lembra que;

O delito, que no princípio era estruturado objetivamente (predomínio do resultado – isso ocorria no causalismo e no neokantismo), passou a ser compreendido subjetivamente (predominância da ação de acordo com o finalismo). O conceito de Delito no causalismo, por outro lado, seguia o método ontológico do “ser”. O neokantismo o do “dever ser”. Com o Finalismo o Delito voltou a ser enfocado ontologicamente, ou seja, consoante o “ser”. Na atualidade o enfoque normativista (“dever ser”) é o que impera, por força das teorias funcionalistas (GOMES, 2009, p. 134).

Conquanto, Moraes vai mais além, e arremata, conforme os ensinamentos de Greco, que

o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano) e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista) o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de

modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal (2006, p. 102).

Outrora, ainda segundo o autor;

Tal assertiva revela o retrato da mudança de paradigmas: a questão ‘o que é o direito?’ deu lugar ao dilema ‘para que serve o Direito?’. Logicamente, essa transformação também se deu no Direito Penal, que passou a ter seus objetivos na busca da eficácia e eficiência. Como efeito primordial dessa mudança, o foco passou a ser o direito de punir e a busca da prevenção da criminalidade, pano de fundo do Direito Penal da ‘normalidade’ ou da descrição do ‘Direito Penal do Cidadão’ segundo JAKOBS (MORAES, 2006, p. 102).

Nessa esteira, para o funcionalista há várias interpretações possíveis, ou seja, o mundo é complexo e contingente, conforme preceitos abordados por Luhmann em seus sistemas sociais. Nesse ponto, Moraes, citando o que dissera Corsi, Esposito e Baraldi, afirma que o

funcionalismo ou análise funcionalista sistêmica seria, portanto, o método científico que permite tomar cada fenômeno dado como contingente e como confrontável com outros. “O conhecimento se constrói através da confrontação do dado conhecido com as possíveis alternativas” (MORAES *apud*

Não obstante, observa-se que a linha que estabelece o funcionalismo é a busca pela eficácia do Sistema Social e, conseqüentemente, seus subsistemas. Jakobs é bem categórico ao assumir essa posição, e estabelece que “o funcionalismo afirma que o que há de ser resolvido é sempre um problema social” (2003 a, p. 5).

Desta forma, como se pode aferir a partir da leitura de Gomes, na atualidade, grandes segmentos se materializaram a partir deste fenômeno, passando cada vez mais a ganhar forças. Assim, podemos destacar: (a) O funcionalismo orientado aos fins da política criminal de Claus Roxin; (b) o funcionalismo sistemático de Jakobs; (c) O funcionalismo do Controle Social de Hassemer e o (d) o funcionalismo reducionista de Eugenio Raúl Zaffaroni (Gomes, 2009, p. 134).

Destarte, para não correremos o risco de nos apartarmos da temática deste trabalho, iremos aqui apenas nos debruçar sobre a Teoria do Delito, segundo o funcionalismo sistemático, ou radical, idealizado por Günther Jakobs.

3.4.2.1. Do funcionalismo sistemático de Günther Jakobs

Quando estudamos a história do Direito Penal um nome que sempre será mencionado é o do autor Hans Welzel, pois ele é, sem dúvidas, um dos estudiosos que mais contribuíram para a construção dessa seara, em especial,

por meio de sua Teoria Finalista, que foi responsável pelo rompimento da linhagem até então adotada pelo causalismo e neokantismo⁴⁴.

Por ela, houve a transferência do elemento subjetivo, dolo e culpa, ao âmbito da ação, abandonando-o, conseqüentemente, a culpabilidade. Logo, o delito deixa de desvalorar a conduta, e passa a desabonar a ação do indivíduo, por meio da finalidade empregada pela ação ilícita. Porém, como dito anteriormente, e para que não possamos recair em redundância, alguns pontos dessa teoria foram objetos de grandes críticas, a saber, a ação culposa e omissiva que não se mostravam providas de elemento finalístico.

Desta feita, após a obra de Welzel, não foram muito os autores que buscaram erguer novas teorias que tentassem sanar tais sânies. As correntes funcionais⁴⁵, por exemplo, não se voltaram mais às citadas discussões, restando direcionadas a delimitação da função do Direito Penal⁴⁶.

⁴⁴ Uma característica desses dois modelos é a delimitação do dolo e da culpa no elemento da culpabilidade (Dolo normativo).

⁴⁵ Gomes observando essa nomenclatura explica ele é dado “porque o que importa para elas é a função do Direito Penal” (2009. p. 134).

⁴⁶ Nesse sentido, Gomes recorda que “Para Roxin sua função consiste na proteção de bens jurídicos, de modo fragmentário e subsidiário (conta com grande relevância no Direito Penal os princípios de Política-Criminal). De acordo com Jakbos a função do Direito Penal consistiria na proteção da norma penal. Hassemer defende a função garantista do Direito Penal. Zaffaroni defende seu papel de contenção (função redutora) do Estado de Polícia. Para nós a função primordial do Direito penal consiste na proteção de bens jurídicos relevantes, de forma fragmentária e subsidiária, diante dos ataques (das ofensas) insuportáveis, ou seja, diante de ofensas concretas, transcendentais,

Decerto, Lynett imputa esta tarefa à Jakobs, e ressalta que este foi o mais importante dos seguidores de Welzel, lembrando o autor que ainda no ano de 1983, e já no prólogo da primeira edição de Tratado de Direito Penal, ele “assinalar as linhas de uma obra que rompe definitivamente com a tradição finalista” (LYNETT *apud* JAKOBS, 2005, p. 11).

Deste modo, Jakobs se mostra um tanto quanto apartado dos fins que regem a Teoria citada, embora se utilizando de sua base analítica do delito. Decerto, para ele, o conteúdo do ilícito dependeria dos fins e funções que competem ao Direito, consistente em garantir a identidade de uma sociedade (LYNETT, 2005, p. 11).

Moraes lembra que nesse momento “Jakobs retira qualquer substancialidade da ideia de bem jurídico-penal e qualquer dimensão axiológica. Para ele, bem jurídico-penal corresponde à ínsita necessidade de se proteger a firmeza das expectativas normativas” (2006, p. 107). E, nessa esteira, o autor passa a adotar outra posição, qual seja, de que a norma é um elemento de comunicação e a quebra dela seria uma falha desta. Portanto, a pena teria a função de manutenção da expectativa social, e assim ele prescreve:

O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como sua culpa. Dizendo de outro modo, a sociedade

graves, intoleráveis, imputáveis objetivamente ao risco criado e que estejam no âmbito de proteção da norma” (2009. p. 134).

mantém as normas e se nega de conceber-se a se mesma de outro modo. Nessa concepção, a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção (JAKOBS, 2003 a, p. 4).

E sobre esses argumentos Jakobs afirma sua percepção do Direito Penal, e nos dizeres de Moraes:

Trata-se como se vê, de uma corrente doutrinária que atribui ao Direito Penal a função de estabilização da sociedade e que individualiza o fenômeno delitivo como uma *disfunção social*. É justamente o setor mais radical desse funcionalismo, segundo HASSEMER, que defende a idéia segundo a qual o Direito Penal protege exclusivamente a vigência das normas e que danoso socialmente não é o fato que ofende o bem jurídico, senão o que contraria a validade da norma (2006, p. 109).

Destarte, como reverenciado, Jakobs passa a traçar a Teoria do Delito a partir da Teoria Funcional, que tem como base a tutela decorrente do Direito Penal⁴⁷, porém agora sobre um enfoque sistemático, monista ou radical, ao qual passamos a estudar. Porém, antes de fazê-lo, precisamos falar um pouco a respeito de Hegel.

⁴⁷ Aqui poderíamos delimitar na perspectiva do Direito Penal Objetivo, ou seja, o dever-ser, na construção normativa da norma penal.

3.4.2.1.1. Alguns pontos sobre a filosofia do direito de Guilherme F. Hegel

Até aqui muito se falou a respeito dos conceitos dos contratualistas e sistêmicos. Nessa esteira, visualizamos que o crime representa a quebra do pacto social e, concomitantemente, a defraudação da expectativa normativa. Então, é preciso restabelecê-la e isso vai se dar com a aplicação da pena. Habib recorda que Jakobs estrutura sua visão da sanção por meio da filosofia do Direito de Hegel, combinadas há alguns aspectos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (HABIB, 2012, p. 15).

Nesse sentido, Hegel propunha a sua filosofia a partir da ótica da Dialética. Por ela, o autor passa a tecer os fundamentos e os sentidos da vontade no mundo, subdividindo-as em geral e individual. Em seu trabalho, ele trata as acepções de injustiça, de penalidade e tantos outros elementos sociais. E assim, ao relacionar a vontade individual e o injusto, enfatiza que:

No contrato, o direito em si está como algo de suposto, e a sua universalidade intrínseca aparece como o que é comum à vontade arbitrária e à vontade particular. Esta fenomenalidade do direito torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular. Mas a verdade desta aparência é o seu caráter negativo, e o direito, negando esta negação, restabelece-se e, utilizando este processo de mediação, regressando a si a partir da sua negação, acaba por determinar-se

como real e válido aí mesmo onde começara por ser em si e imediato (Hegel, 1997, p. 80).

Desta forma, denota-se que o indivíduo, por meio da sua conduta, passa a afirmar algo, qual seja, a sua vontade, porém essa, às vezes, tende a afrontar um direito antes vigente, transformando-a com sua vontade individual em um Direito Particular. Nesta ocasião, trazendo à baila a teoria dos sistemas de Luhmann, poderíamos dizer que a conduta antinormativa buscar-se-ia negar a expectativa normativa antes erguida pela sociedade.

Logo, a norma precisa se proteger e, para tanto, ela tem o poder de negar a conduta do autor. E uma vez o fazendo, estaria reafirmando o seu valor enquanto elemento social. Nisso, “a verdade desta aparência é o seu caráter negativo, e o direito, negando esta negação, restabelece-se” (HEGEL, 1997, p. 80).

Dito isto, o legislador ao descrever um imperativo normativo está, em verdade, assinalando a vontade geral, social e universal. Assim, a conduta realizada pelo indivíduo que descumpra essa norma é na verdade uma negação àquele imperativo, afirmando, conseqüentemente, que sua concepção irá prevalecer em face da vontade geral. Conseqüentemente, ao assim o fazer ele passa a demonstrar à vítima que sua vontade, e da sociedade, são irrelevantes:

Como a vontade só é ideia ou liberdade real na medida em que tem uma existência e em que a existência onde encarna é o ser da liberdade, a violência e a coação imediatamente destroem a si mesmas no

seu próprio conceito como expressão de uma vontade que suprime a expressão da existência de uma vontade. É por isso que, consideradas abstratamente, são injustas a violência e a coação (HEGEL, 1997, p. 83).

Logo, a violência (sanção) empregada pelo Estado em face da conduta (vontade) do particular que descumprirá a norma visa, justamente, restabelecer a sua vigência. Por conseguinte, a pena possui essa função, mas esta, não necessariamente, caracterizar-se-ia como violência, apesar de abstratamente parecer ser uma em face de outra. Hegel persevera que:

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 (HEGEL, 1997, p. 84).

Deste modo, como esclarece o autor, a sanção pode, *a prima facie*, ostentar ser uma espécie de violência. Todavia, essa se mostra finalisticamente distinta da primeira, porquanto ela tem por essência não uma nova violação ao corpo jurídico do infrator, mas, sobretudo, por representar a ele que sua conduta não foi aceita socialmente e que sua vontade não irá prevalecer. Logo, ela é negada, e o instrumento que se prostra a esse fim é a pena. E assim,

o direito abstrato é direito de coação pois ato injusto é uma violência contra a existência da minha liberdade numa coisa exterior. Manter esta existência contra a violência como ação exterior é uma violência que suprime a primeira (HEGEL, 1997, p. 84).

Nessa esteira, Hegel, em sua nota ao leitor, ressalta a importância de se conhecer o direito abstrato e sua consequente sanção, pois “definir o direito abstrato ou estrito como um direito a cuja prática se deveria coagir é defini-lo segundo uma consequência que só surge nas sinuosidades da injustiça” (1997, p. 85). Portanto, a violência válida somente irá surgir com a defraudação normativa, ou seja, com a injustiça. E assim;

A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime (...) Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade (§ 85^a), mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica – e isso sem que haja a mediação da minha opinião (como na impostura, § 88^a). É o domínio do direito penal (HEGEL, 1997, p. 85).

Ademais, o próprio Jakobs fixa a função primordial da pena, descrevendo que

tomando de modo isolado, a pena não é mais que um mal, e, se se visa à sequência

externa do ato e pena, se produz, segundo conhecida expressão de Hegel, a irracional sequência de dois males. Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que contradiz a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional (...) (2003, p. 3).

Desta feita, Hegel já estabelece que o Direito se compõe de dois elementos primordiais, um relacionado à vontade geral, uma existência positiva, e em vertente diversa, ela também possui o mecanismo de negação, a pena, nesta última

a manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito (HEGEL, 1997, p. 87).

Portanto, a violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso, e não como vontade da vítima e da sociedade. Jakobs ao tratar da negação a norma já descrevera que “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” (2003 a. p. 4).

Assim, Hegel passa a afirmar que se lesarmos “esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de

outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito” (1997, p. 87). É dizer, a pena que se aplica ao criminoso não é apenas justa em si, mas ela passaria a representar algo, qual seja, que o crime existiu, mas que a vontade do delinquente não prevaleceu, pois por meio da sanção se restaurou a vontade geral, negando-a à vontade individual. E, deste modo, Hegel lembra que:

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito (1997, p. 89).

Ademais, a filosofia de Hegel, e em especial a seara do injusto e da pena, não se exaure por aqui, o autor ao se lembrar da penalidade passa a descrever as qualidades e quantidades delas, o que nesse momento não se mostra frutífero para esse trabalho em razão da linha que almejamos seguir. Logo, iremos nos abster de continuar a análise da Filosofia hegeliana, não que esta se mostre insuficiente para Jakobs, mas que os fundamentos da pena dele só abrangem os enfoques até aqui trabalhados.

Portanto, devemos ter em mente que o mundo é integrado por vontades, que quando livres passam a

expressar algo, a dizer algo, deste modo, a norma materializa-se como a vontade geral, universal, e o autor ao contrariar o dispositivo normativo passa a confessar sua própria vontade. Por isso, a pena surgir em face dele como forma de negação, prescrevendo que ante a vontade individual há uma vontade geral e esta, e não aquela, é que irá prevalecer.

No entanto, não é nebulosa a certeza de que o crime continuará a existir, pois seus elementos e suas sequelas não irão se dissipar com a penalidade, mas ela proporcionará à sociedade uma verdade, qual seja, que a vontade do infrator não prevaleceu.

Destarte, é sobre essas premissas que também se fundamentam o Direito Penal do Inimigo idealizado por Jakobs, desta perspectiva partiremos ao funcionalismo jurídico-penal concebido pelo autor, segundo o qual o “Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade” (JAKOBS, 2003 a, p. 1).

3.4.2.2. Qual tutela emana do Direito Penal: a proteção de bens jurídicos ou a vigência da norma?

A finalidade do Direito Penal está umbilicalmente ligada à finalidade da pena. Presente no preceito secundário da norma penal incriminadora, a sanção corresponde a uma reação social em face da conduta típica e antijurídica. Decerto, ela serve como um instrumento de comunicação social, pois, a partir dela, o Estado consegue emitir uma resposta ao defraudador do pacto, negando a sua ação.

Contudo, para correta aplicação da reprimenda, faz-se necessário compreendermos, antes mesmo, o que o Direito Penal visa tutelar. Para Jakobs, o presente seguimento busca a proteção, *a priori*, da vigência da norma. No entanto, o que se entende por ela? Gomes ressalta que a norma penal nada mais é, pois, que o comando imperativo e valorativo vinculado pela lei penal, por meio de um conjunto de leis penais que delimitam o âmbito do que está proibido ou permitido (GOMES, 2009, p.127).

Nessa toada, ao observarmos a matéria devemos visualizá-lo sobre seus aspectos formal e material. Desta feita, a primeira se extrai com a conformidade adotada pela lei fundamental. No Brasil, conforme a Constituição Federal, a presente delimitação se dá via lei ordinária de competência privativa da União⁴⁸. Enquanto a derradeira desponta no fato de serem elas necessárias à manutenção da sociedade e do Estado (JAKOBS, 2009, p. 61). E com isso:

A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade é do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de

⁴⁸ Nesse sentido: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (*Grifo Nosso*) Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/10/2021.

decepção. Por isso (...) pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática: na sequência, esse bem será denominado “bem jurídico penal” (JAKOBS, 2009, p. 61).

Assim, quando falamos em um bem, necessitamos compreendê-lo como sendo tudo aquilo que o indivíduo tem como seu, e que encontra tutela no ordenamento jurídico. No Brasil, eles são, acima de tudo, decorrentes do fundamento da dignidade da pessoa humana⁴⁹, presente no artigo de abertura da Constituição Federal. A partir desse atributo se acoplam ao indivíduo os direitos fundamentais e os da personalidade⁵⁰.

Nesse ponto, é importante recordar que ao se erguer a “dignidade da pessoa humana” como fundamento da República Federativa, o constituinte brasileiro passou a

⁴⁹ Nesse sentido: art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29/08/2021.

⁵⁰ O código Civil trouxe um Capítulo específico para trabalhar de tais direitos. Para saber mais, ver: Código Civil, Livro I. Das pessoas. Título I, das pessoas naturais, capítulo II, Dos Direitos da Personalidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29/08/2021.

reconhecer que todo ser humano⁵¹ é dotado de tais valores. Nesse sentido, Silva ao situar esse liame de proteção, fixa à dignidade da pessoa humana como alicerce da tutela estatal. Para tanto, ele vem a conceituar a pessoa humana como um ser racional, deste modo:

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento (SILVA. 1998. p. 90).

Nesse viés, ao diferenciar o *preço* e a *dignidade*, ressalta o autor que “aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente” (SILVA, 1998, p. 91). Enquanto aquele que detém a dignidade não acolhe substituto paralelo, pois ele é, na sua individualidade, único, infungível. Então, avocando os preceitos kantianos, estabelece

que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a

⁵¹ Independentemente da raça, cor, sexo, etnia, procedência nacional etc.

dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano (SILVA 1998. p. 91).

Logo, o ser humano é detentor dos bens jurídicos que lhe incorpora. Hodiernamente, tais bens⁵² podem ser móveis e imóveis, tangíveis ou intangíveis, disponível ou indisponível, como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, etc. Então, conclui-se que todos os bens englobam, a partir do atributo da dignidade, o patrimônio do indivíduo.

Ocorre que “ao utilizar o conceito dessa forma, a forte vinculação às normas podem supreender, pois os bens podem ser divididos sem esse desvio normativo” (JAKOBS, 2009, p. 62). É dizer, na perspectiva normativa, Jakobs aponta que os bens podem ou não ter relevância ao sistema jurídico. Em verdade, a gênese dele repousa no corpo do bem comum, pois ambos são, em sua essência, bens, mas sobre um recairá, em um dado momento, o manto protetivo da norma penal, transmutando-o da classificação de bem para a espécie de bem jurídico.

Desta forma, Jakobs já adverte que a “maior parte dos bens desse tipo também podem ser afetados por eventos naturais (doenças, desgates material, etc.) ou por processos que, mesmo que intermediados por seres humanos, não são

⁵² O código Civil trouxe um Livro específico para trabalhar os Bens. Para saber mais, ver: Código Civil, Livro II. DOS BENS. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29/08/2021.

evitáveis (nem dolosos ou culposos)” (JAKOBS, 2009, p. 62).

Então, em qual momento há a transmutação deste da naturalidade para normatividade? Poderíamos afirmar que isso calharia por meio da sua perda, muito embora é sabido que eles possuem em sua essência o padecimento. Então, é importante apontarmos que ao Estado não deve ser imputada uma tutela ampla e irrestrita aos bens, pois, nitidamente, se aguardássemos dele esse fim recaíramos em uma simples utopia.

Os bens não perduram infinitamente, mas sim caminham lado a lado com o seu depauperamento. Logo, compelir ao Estado a manutenção destes seria o mesmo que dar-lhes amarga tarefa de evitar o impossível, de alcançar o inalcançável, de amparar o inamparável. Se nos posicionarmos no sentido de que o Direito protege os bens como um todo, estaremos nos colocando em uma situação pela qual imputaríamos a morte natural de um ancião ao Estado, exigindo-se, conseqüentemente, uma ação em busca de extirpar tal ameaça ao bem jurídico vida. Portanto, como bem lembra Jakobs;

Quando fatos positivamente valorados são designados como bens jurídicos-penais sem restrição, a estranha consequência é que o Direito Penal deixa, por sua vez (ou, conforme o âmbito, até a maioria das vezes), de cuidar da perda de seus bens; a morte por senilidade, a deterioração de uma coisa ao longo do tempo, entre outros, destroem bens no sentido designado, mas não satisfazem um tipo penal (JAKOBS, 2009, p. 62).

Assim sendo, concluímos que, na maioria dos casos, os bens não corresponderiam à tutela do Direito, quiçá ao do Direito Penal. Então, como demonstrado, os bens perecem com o tempo, a vida é o maior exemplo disso; a morte natural representa ao indivíduo a realização do ciclo da vida, mas também significa a ele a perda de um bem.

De igual forma, um carro deixado à mercê da maresia cairá em ferrugem e, com isso, sofrerá uma deteriorização, uma máquina se desgastará com o uso, e tudo isso não surtirá efeito na seara do Direito. Deste modo, denota-se que tais bens não são intangíveis, e estas lesões que ocorrem naturalmente não significam uma necessária resposta estatal.

Portanto, o Direito Penal não tem a função de garantir a estabilidade dos bens mencionados, mas sim daqueles considerados como jurídicos. No entanto, em qual momento recairá sob este o manto normativo, diga-se, qual elemento representaria a fronteira da classificação de bem comum para o jurídico. Decerto, é a agressão humana indesejada, pois:

Não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa o Direito Penal; pelo contrário, a modificação deve se dirigir contra a própria valoração positiva. Isso somente pode se dar por meio de um comportamento humano cujo teor expresse que não cabe levar em consideração a valoração positiva. Não é a causação de uma morte que configura lesão de um bem jurídico-penal (trata-se de mera lesão de

um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável (JAKOBS, 2009, p. 63).

Desta forma, conclui-se que a morte por senilidade em nada significa ao Direito penal, não acarretando atuação estatal, no entanto, caminhando em sentido diverso, teremos o homicídio, onde há uma lesão derivada de um ataque ao bem jurídico vida. Assim, observa-se que há em ambos os casos um único bem, qual seja, a vida. Todavia, em um primeiro momento, ela é tida apenas como bem, e seu perecimento não arranha a esfera jurídica criminal. Mas que, por sua vez, se fruto de uma agressão humana, desaguaria na adequação normativa típica do art. 121 do CP e, deste modo, será considerada e sancionada.

Por certo, o perecimento natural não se visualiza sequer aos olhos do Direito, porém, o definhamento por meio de uma agressão humana, sim; o ataque ao bem de outrem rompe com a expectativa antes almejada pela sociedade. Nessa esteira, a ferrugem que recai ao veículo não ocasionará a atuação do Estado, mas o dano realizado por um motorista embregado, sim. Portanto, percebe-se que o Direito atua tutelando os bens em face dos ataques de outrem.

Nesse sentido, preceitua Jakobs:

O Direito não é um muro construído para proteger os bens, é sim, a estrutura que garante a relação entre pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das

ameaças de outra pessoa (JAKOBS, 2005, p. 33).

Ademais, indo mais além, é bom dizer que o Direito Penal não servirá de proteção universal aos bens jurídicos, mas como um escudo frente às ameaças que orbitam a estes. Ameaças estas contranormativas. Pois, Lynett lembra que

Jakobs distingue entre um conceito de bem jurídico em sentido estrito, entendido como uma relação funcional entre o sujeito e uma situação valiosa (...), e um conceito de bem jurídico próprio de direito penal, consistente na proibição de matar, de danificar, de agredir sexualmente, etc. (2005, p. 16).

Portanto, se adotarmos essa premissa – de que o Direito protege os bens contra ameaças de terceiros – estaremos nos colocando na concepção de que, na verdade, o Direito gera para esse indivíduo uma expectativa de que seu bem não será ameaçado em face da ação de outrem.

Não obstante, agora partiremos para uma outra reflexão, dessa vez orbitando a figura do bem jurídico ameaçado. Para tanto, imagine um imóvel que se encontra em risco de desabar, ou seja, em uma situação de ameaça. E nessa situação o seu proprietário autorize alguns trabalhadores a destruírem ele⁵³. Isso irá ocorrer? Parece-nos que sim, e certamente o será. Mas essa ordem não estaria indo de encontro à expectativa normativa de

⁵³ Nesse sentido, o Código Penal descreve o Crime de Dano no Art. 163, a saber: “Destruir, inutilizar ou deteriorar **coisa alheia**: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa” (*Grifo Nosso*).

proteção ao bem e, assim sendo, não caberia uma ação do Estado direcionada aos trabalhadores, buscando com isso proteger a propriedade de sua destruição ou subtração? Talvez, mas perceba que nesse ponto, muito embora o bem venha a ser ameaçado, o Estado não irá, em tese, manifestar-se, pois essa situação deriva da vontade do próprio proprietário (JAKOBS, 2005, p. 34).

Logo, “do ponto de vista do Direito Penal, o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como norma, como expectativa garantida” (JAKOBS, 2005, p. 34). Portanto, é a norma que merece a proteção, e não o bem fático dela subsistente.

Fazendo um paralelo, imagine os vários tipos de excludentes de ilicitude presentes em nosso ordenamento jurídico. Sejam aqueles constantes na parte geral do Código Penal⁵⁴ ou na parte especial, como na figura do aborto legal presente no inciso II do art. 128 do Código Repressor, a saber:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁵⁴ Em especial, as descritas no Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29/08/2021.

Veja que a legislação pátria não descreve um lapso temporal que limite a vítima do estupro⁵⁵ em optar pela manobra abortiva, a doutrina também nesse ponto é, de certa forma, omissa. Mas o que é notório é que o abortamento irá ocorrer em momento apartado ao ataque ao bem jurídico da vítima do crime contra a dignidade sexual. Então, no momento do procedimento abortivo estaremos visualizando uma nova ação, sendo que agora também direcionada ao feto, e ele igualmente será uma vítima, talvez não no sentido jurídico⁵⁶, mas sim fático.

Deste modo, se o aborto tutela a vida humana intrauterina, essa é da criança e não da mãe propriamente dita. Portanto, este é classificado como um bem jurídico pela norma. Assim sendo, como vamos justificar uma agressão a um bem jurídico sem que esta atice a atuação do Estado? Este é um ponto à refletir.

No mais, imagine o crime de homicídio, que é positivado no Art. 121 do Código Penal. Já foi citado que a morte natural não se manifesta para o Direito penal, porém o ataque ao bem vida, sim. Doravante, imaginemos a conduta do agente que retira a própria vida, cometendo o suicídio, esta não encontra repressão no citado Código⁵⁷.

⁵⁵ No texto legal, presente no art. 213 do CP, que descreve em seu *caput*: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

⁵⁶ Uma vez que a lei tolera a presente ação, conforme artigo citado.

⁵⁷ Nesse ponto, é de se esclarecer que o Código criminaliza a participação no suicídio ou na automutilação, por meio do art. 122, que descreve em seu *caput*: Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Para saber

Mas, igualmente, observa-se um ataque, e relevante, ao bem jurídico em apreço. Por vezes, é claro que em caso de êxito na conduta em questão não teríamos como punir o autor do fato. Porém, e se ele não viesse a morrer, configurando-se uma mera tentativa, então, porque não puniríamos o citado agente?⁵⁸

Outrora, é sabido que o Art. 122 do *Codex* pune o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio ou a automutilação. Da leitura dos verbos presentes ao tipo se percebe que a normativa é direcionada ao terceiro que cria a ideia (induz), reforça-a (instiga), ou auxilia materialmente o agente a suicidar-se ou a cometer a automutilação. Esse sim é punido, mas o autor da conduta, em regra, não será⁵⁹, em respeito àquilo que a doutrina chama de princípio da alteridade⁶⁰. Portanto, é de se perceber, até esse momento, que por vezes há um dano fático a um bem (ou um risco a ele) que não se aperfeiçoa ao âmbito jurídico.

mais, acesse: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

⁵⁸ Nesse ponto, é bom esclarecer que não estamos discutindo os elementos psicológicos que poderiam ser considerados como dirimentes da culpabilidade, como a doença mental que afasta a imputabilidade da ação do sujeito, nos termos do art. 26 *caput* do CP.

⁵⁹ salvo se autolesionar-se para fraudar a previdência, ou caracterizando-se outro crime autônomo, mas pelo ataque ao seu bem vida não.

⁶⁰ Segundo leciona Masson: “Criado por Claus Roxin, esse princípio proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente, bem como do pensamento ou de condutas moralmente censuráveis, incapazes de invadir o patrimônio jurídico alheio. Em síntese, ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si próprio, pois uma das características inerentes ao Direito Penal moderno repousa na necessidade de intersubjetividade nas relações penalmente relevantes” (2020, p. 43).

Ademais, ainda com esse pensamento, podemos falar da tentativa, e para isso devemos observar a figura do *Iter Criminis*, que nada mais é que o “percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação” (NUCCI, 2013, p. 340). Desta feita, o terceiro elemento desta caminhada, e ao qual antecede a consumação, dá-se com a execução, que no nosso ordenamento jurídico representa o ponto de ignição ao exercício do Direito de punir do Estado, pois nos dizeres do código “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado” (art. 31).

É dizer, em nosso sistema jurídico o legislador condicionou a punição aos atos que efetivamente fossem exteriorizados na direção da consumação delitiva. Logo, não seriam puníveis as fases cognitivas e preparatórias. Porém, é sabido que na fronteira do ato executório com o consumativo pode surgir à figura da tentativa⁶¹, que segundo o Art. 14, II do CP diz que se considera o crime como tentado quando iniciada a execução, ele não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Neste porvir, a doutrina subdivide essa classificação quanto; a) ao *iter criminis* percorrido, b) ao resultado produzido na vítima e c) à possibilidade de alcançar o resultado pretendido (CUNHA, 2013, p. 328).

Nessa esteira, o que nos interessa nesse momento é a classificação quanto ao resultado produzido na vítima, pois senão, vejamos, ela poderá subdividir-se em a)

⁶¹ A tentativa atua como uma norma de extensão que busca auxiliar a tipicidade no momento da adequação típica.

tentativa branca ou incruenta e b) tentativa vermelha ou cruenta. Nessa última, o bem jurídico tutelado pela norma vem a sofrer uma lesão, já na primeira ele sequer chega a ser atingido (CUNHA, 2013, p. 328). Conquanto, caberá ao Ministério Público ingressar com a presente ação penal buscando a responsabilização do indivíduo⁶², ainda que não se tenha necessariamente uma agressão fática ao bem, apenas jurídica.

Não obstante, é sabido que a doutrina ainda observa o Delito e seus objetos: jurídico e material. Daí se questiona haver a possibilidade de um crime sem objetividade jurídica. E a resposta é negativa, pois toda norma incriminadora visa tutelar um bem. Contudo, o mesmo questionamento se pode fazer ao objeto material, e nesse ponto a resposta seria positiva. Uma vez que

o objeto material situa-se dentro do tipo penal. Entretanto, nem todo tipo penal tem objeto material. Há efetivamente, certos delitos cuja conduta não recai sobre pessoas nem coisas, estando, por isso, destituídos de objeto material (CUNHA *apud* MONTEIRO DE BARROS, 2013, p. 154).

Contanto, percebemos, novamente, que há uma grande distinção em relação ao bem fático e ao jurídico. Ademais, quando falamos dos crimes de perigo⁶³,

⁶² Nesse sentido, segundo a CF: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁶³ Conforme leciona Masson: “crimes de perigo: são aqueles que se consomem com a mera exposição do bem jurídico penalmente tutelado

percebemos uma antecipação ao *jus puniendi* do Estado, como ocorre com a Associação Criminosa que foi prevista no Art. 288⁶⁴ do estatuto repressor, e a qual o transcrevemos abaixo;

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, **para o fim específico de cometer crimes**: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente (*Grifo Nosso*).

Veja que ao descrever a consumação delitiva, Cunha aponta que:

O crime se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, na adesão de cada qual (RTJ 181/680). Independe da prática de algum crime pelos integrantes (2013 a, p. 682).

Nesse sentido, é de se perceber que o tipo penal é claro ao delimitar “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas,

a uma situação de perigo, ou seja, basta a probabilidade de dano” (2020, p. 177).

⁶⁴ Como igualmente ocorre com Art. 288-A (Constituição de milícia privada: Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.).

para o fim específico de cometer crimes”, porquanto, é de se apontar que a citada conduta se manifesta pela simples reunião de sujeitos com essa finalidade, não sendo necessária qualquer outra ação que venha a por em prática o ato delitivo. Logo, a doutrina chama a citada infração de crimes-obstáculo, onde:

O legislador transforma o ato preparatório de um determinado delito em crime diverso e independente, ou seja, passa a tratá-lo como ato de execução, a exemplo do que se dá com os delitos de fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante (CP, art. 253), incitação ao crime (CP, art. 286), associação criminosa (CP, art. 288) e petrechos para a falsificação de moeda (CP, art. 291) (MASSON, 2020. p. 284).

Indo mais além, temos, nesse mesmo sentido, o crime do Art. 5^a, *caput*, da Lei n° 13.260/16 (Antiterrorismo) que descreve:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Mais uma vez a doutrina descreve que estaríamos diante de mais uma exceção à regra da punição aos atos executórios, pois o legislador “antecipou a tutela do Direito Penal para efetivamente punir meros atos preparatórios de terrorismo” (MASSON, 2020. p. 284).

Assim, denota-se que não se exige a realização efetiva da conduta delitiva, mas sim a mera finalidade, antecipando-se o *jus puniendi* para um momento anterior à execução fática do tipo, o que, em tese, iria de encontro ao art. 31 do CP⁶⁵. Logo, podemos entender que;

Bem jurídico não é o dano naturalmente perceptível de cegar a vida de uma pessoa ou destruir seu patrimônio, mas sim um conceito normativo: a vigência da norma. Se a sociedade se estrutura através de normas, entendidas como “esquemas simbólicos de orientação”, e através das quais uma sociedade assinala os aspectos fundamentais de sua configuração, o relevante não é uma lesão externa de uma situação (...), mas o *significado da conduta*: com seu comportamento o infrator expressa (comunica) que para ele não vigem as expectativas fundamentais, senão sua própria concepção de mundo (LYNETT, 2005, p. 16).

Destarte, constatamos que, a partir do ponto de vista de Jakobs, o Direito Penal visa a garantir a vigência da norma, e não a proteção dos bens jurídicos, uma vez que a conduta do agente se espiritualiza na violação normativa. Portanto, ressalta o autor:

A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de

⁶⁵ Que descreve: Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisam ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção (JAKOBS. 2009, p. 61).

Desta forma, após estas considerações, estaremos aptos a compreender a relação existente entre a lesão à norma e a pena.

3.4.2.3. A Natureza Jurídica da Pena – A Prevenção Geral Positiva

Inicialmente, como forma de corroborar com tudo que até aqui foi dito, relacionado ao campo da proteção do Direito à norma, Jakobs recorda que a pena nunca recompõe um bem jurídico lesado (2009, p. 48), diga-se, aplicação da penalidade não faz ressurgir um bem que outrora foi perdido. E nessa vertente:

A pena de prisão tem duplo significado: um simbólico e outro físico: (a) o fato (criminoso) de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência; a pena, por seu turno, simbolicamente, diz que é irrelevante ter praticado essa conduta (para o efeito de se destruir o ordenamento jurídico); a norma segue vigente e válida para a configuração da sociedade, mesmo

depois de violada; (b) a pena não se dirige ao criminoso, sim, ao cidadão que atua com fidelidade ao Direito; tem função preventiva integradora ou reafirmadora da norma; (c) A função da pena no Direito penal do cidadão é contrafática (contrariedade à sua violação, leia-se, a pena reafirma contrafaticamente a norma); (d) no Direito penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo, que deve ser eliminado pelo maior tempo possível; (e) quanto ao significado físico, a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio) (GOMES, 2004, S/p).

Em um segundo momento, o autor nos chama a atenção para a natureza jurídica da pena, constituindo com veemência que “pena é coação”, mas essa não se mostra como única essência dela, pois ela significa algo, ela exprime algo (JAKOBS, 2012 a, p. 22). E como já ressaltado, ele abraça a concepção da teoria geral positiva da sanção pela qual a reprimenda representaria uma negação à vontade do defraudador da norma⁶⁶. De tal modo, afirma Lynett, que a teoria de Jakobs se trata, em verdade,

de uma nova leitura de Hegel através da concepção do direito de Luhmann. *A finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contato social.* Com seu comportamento, o infrator rompe

⁶⁶ Para esse fim, Jakobs utiliza-se dos fundamentos postos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, somadas a alguns aspectos da filosofia do Direito de Hegel.

umas expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas” (2005, p. 12).

Lynett ainda assevera que Hegel, ao tratar da vontade, estabeleceu que houvesse duas searas deste sentido humano, uma correspondente à generalidade e outra com a individualidade, sendo a primeira descrita como a vontade geral, constituída pelo direito abstrato, e a derradeira que se faz inerente à vontade do particular, que com seu comportamento nega a vontade geral, ou seja, defrauda o direito abstrato (LYNETT, 2005, p.13).

Logo, a prática de um crime, segundo Hegel, caracteriza-se como a afirmação da vontade individual em face da vontade geral, é dizer, o agente com sua conduta estaria negando a vontade social esboçada da norma. Deste modo, Jakobs recorda que a pena aplicada ao injusto também possui um sentido, qual seja, “que afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade” (2012 a, p. 22).

Por isso, a pena surge com a defraudação da norma, ou seja, como uma resposta ao fato realizado por uma pessoa racional que atenta contra a vigência normativa. Contudo, Jakobs já destacava que a pessoa necessitaria ser capaz, pois se uma vez incapaz, não existiria a necessidade de sua negação já que ela não compreenderia a comunicação social existente naquela relação (2012 a, p. 22).

Deste modo, “a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante” (JAKOBS, 2003 a, p. 13).

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, é manifesto o saber que a norma é, e se faz como pilar da sociedade, a estrutura desta coletividade que limita e condiciona a vida social, sendo ela a base que regulamenta a relação entre as pessoas e o limite de onde cada indivíduo pode chegar sem desestabilizar o convívio social⁶⁷, diga-se “a estabilização da norma é a estabilização da sociedade” (HABIB, 2012, p. 18).

Entretanto, isso não significa que esta não pode ser defraudada, em verdade, com a norma surge uma expectativa de que aquele preceito será respeitado. Assim, ela imputa ao agente que se dirija de forma condizente com a conformação normativa, e este não o fazendo defrauda um preceito legal, gerando um conflito social que necessita ser sanado na medida em que a norma é o modelo de orientação da sociedade.

Contudo, lembra Jakobs que a pena não se limita a negar a afirmação do autor, pois ela também faz surgir contra este uma constrição física, uma prevenção especial de que, durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade, este não cometerá novos delitos (2012 a, p. 22).

Destarte, “a pena faz-se vinculada a futuras lesões de bens eventuais: *ne peccetur*” (JAKOBS, 2005, p. 17).

⁶⁷ Tanto assim o é que o art. 5^a, II da CF descreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**” (*Grifo Nosso*).

Uma vez que o indivíduo ao descumprir um preceito legal acaba por atentar diretamente contra a estrutura da sociedade, fazendo surgir a pena como forma de manutenção desta. Habib ainda recorda que;

Na visão de Jakobs, a pena criminal constitui a manutenção da sociedade. O crime consiste na contradição das normas determinantes da sociedade e a pena consiste na confirmação dessa identidade social, contradizendo a vigência normativa. De forma bastante clara, o autor afirma que “a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante”. E arremata em tons conclusivos que “a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contratos sociais. Assim, Jakobs define como bem jurídico a ser protegida pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção (2012, p. 18).

No entanto, o injusto é sim um mal, “e o dever do agente de arcar com os custos também é um mal, mas, apesar disso a pena não pode ser definida como inflição de um mal em razão de outro mal cometido, seria absurdo “querer um mal simplesmente porque um outro mal já existe”” (JAKOBS, 2009, p. 21). Portanto, a pena gera um mal ao responsável pela defraudação da norma, mas ela não cumpre sua função com esse efeito, e sim, com a estabilização da norma violada (JAKOBS, 2009, p. 21).

Desta forma, conclui-se que “a estabilidade da norma é a estabilização da sociedade. Para que uma sociedade exista de modo verdadeiro, as suas normas devem ter vigência, mesmo que possam ser violadas e o seu desrespeito não desfigura a sociedade” (HABIB, 2012, p. 17), mas sim, autoriza-se ao Estado aplicação de mecanismos de resposta em face à defraudação normativa, tal resposta materializa-se com a sanção penal, restabelecendo assim a ordem social (LYNETT, 2005, p. 14). Nesse sentido, Lyra afirma que

a pena diz com a sanção à ofensa da norma, assumindo uma função de prevenção geral positiva, na medida em que a intimidação (prevenção geral negativa) não se apresenta como efeito primordial da dor do Penal, até porque não há comunicação com a psique humana (2013, p. 9847).

E o autor ainda aduz, citando os ensinamentos de Mussig, que “as normas são sistemas simbólicos de comunicação que determinam os caracteres fundamentais para configuração da sociedade” (LYRA *apud* MUSSIG. 2013, p. 9847).

Destarte, Jakobs ainda nos lembra que o fim do Estado de Direito não é a máxima segurança possível para bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico e, atualmente, a vigência real de um Direito que torna possível a liberdade (2012 a, p. 55). E, assim, encerramos essas breves considerações a respeito do tema.

CONSIDERAÇÕES QUE ANTECEDEM A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

E assim chegamos ao término dessa jornada que procurou estabelecer as bases do Direito Penal do Cidadão, do autor Günther Jakobs. Logo, sabendo que para todo crepúsculo há uma aurora, caminharemos nessas derradeiras considerações ao que devemos guardar deste seguimento e, conseqüentemente, semearmos o campo para a chegada do Direito Penal do Inimigo.

Não obstante, ainda em nosso prólogo já levantávamos a ideia de que, antes de se estudar a exceção, seria necessário conhecermos a regra, portanto, aqui estávamos, descrevendo as colunas do Direito Penal do Cidadão, idealizado por Jakobs.

Nesse sentido, delineamos que a teoria dele perpassa por três pilares principais, sendo o primeiro de base filosófica, onde se reconhece o Estado regulado a partir das figuras dos contratualistas. O segundo de viés sociológico, por meio dos sistemas de Niklas Luhmann, e o derradeiro, de natureza jurídica, guiado pela corrente Funcional Sistemática do autor.

Em relação ao primeiro, aludimos que a história retrata grandes autores que se debruçaram sobre esse tema, sendo Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau dois dos grandes nomes do presente seguimento, cada um trazendo seu momento de vida para construção da temática.

De fato, Jakobs parte do pressuposto de que a sociedade é fundada por meio de um contrato social. E isso

se faz importante para que nós possamos construir o conceito de pessoa, que é aquela que se insere nesse contexto social e que passa a representar um papel, qual seja, de fiel cumpridor dos seus deveres jurídicos. Portanto, percebe-se aqui que o autor não se limita a estabelecer essa reunião como sendo o elo que liga os agentes, mas, a partir dele, reconhece-se a existência daquilo que concebemos como sociedade, fundada em Direitos e, acima de tudo, em deveres.

Ademais, do estado natural ao social, em especial, por meio de Hobbes, percebemos que ao se erguer este ente passamos a salvaguardar os Direitos que antes eram tidos por naturais e agora estão sobre o manto da normatividade. Nessa relação, observamos a estabilização das expectativas normativas.

Decerto, ao se perfilar a sociedade como um grande aparelho de interação, composta por outras classes sistêmicas, como a familiar, a religiosa, a política e a humana, alcançamos a complexidade desta a partir da mútua interação comunicacional. Este enredamento é decorrente das múltiplas possibilidades que surgem em cada ação, em cada manifestação, ou seja, brota daqui uma série de expectativas em cada um dos intercomunicadores sociais.

Nessa esteira, para reduzi-las, fez-se necessário o estabelecimento de certas expectativas como normativas, pois sendo elas defraudadas não gerariam uma necessidade de mudança no comportamento social, como ocorreria com as expectativas cognitivas, porquanto se percebe que o erro não é imputado ao todo, mas tão somente ao infrator.

De fato, a base sistêmica idealizada pelo sociólogo Niklas Luhmann é essencial para compreensão do Funcionalismo Sistemático de Jakobs⁶⁸, já que o catedrático germânico aponta ser a essência do Direito Penal a salvaguarda das normas jurídicas, diga-se, das expectativas normativas que integram esse sistema de comunicação.

Nesse sentido, ao descrever o tipo penal, o legislador atuaria estabilizando esses valores. Contudo, como ressaltamos no capítulo proposto, no campo da probabilidade a certeza não impera, logo é perfeitamente possível seu desapontamento por meio da defraudação da conduta normatizada.

Então, com a ação ilícita praticada pelo agente, surge para o Estado o direito de apor a presente sanção, estabelecida no preceito secundário do tipo penal. E assim, esta não se limita apenas à repressão, mas é, igualmente, utilizada como fonte de comunicação. É dizer, a pena, a partir da prevenção geral positiva, buscará reafirmar a vigência da norma que antes foi negada pelo autor da conduta censurável.

Decerto, se ele com sua ação propôs negar a vigência da norma, da vontade geral, o Estado, por meio da pena, calha em bancar uma nova negação, que por sua vez é direcionada ao autor daquela conduta, e assim teríamos a negação da negação que resultaria na reafirmação da expectativa normativa.

Destarte, Hegel trabalha com a ideia de que o mundo é composto de vontades, e a que deve prevalecer é a

⁶⁸ Ainda que muitos critiquem essa relação.

pretensão geral, que é substanciada por meio das normas. Então, ao delinquir, o agente passa a afirmar a sua vontade individual e a pena se contrapõe a ela mostrando a ele que sua vontade é irrelevante. Logo, será anulada pela sanção, que afirmará que o erro é seu.

Então, perceba como Jakobs entrelaça os valores do contratualismo social com os sistemas luhmanianos, desaguando no Funcionalismo Penal a partir de alguns aspectos das correntes hegelianas. Por certo, tudo isso é essencial para compreensão do que seria a vertente inimiga, pois o autor reconhece que a pessoa (espécie) nada mais é que o indivíduo (gênero) que é inserido na relação social por meio do pacto. Este desempenha um papel, qual seja, de fiel cumpridor de suas expectativas normativas. Coisa que o inimigo, *a priori*, não será, pois não é ele fonte de tais esperanças. Pensar em sentido diverso é aniquilar-se antecipadamente, pois aquele que deseja e confia na submissão à lei pelo membro da organização criminosa, que ordinalmente busca negar a ordem social, está, em verdade, padecendo, mas ainda não sabe disso. Então, só lhe resta esperar o ataque.

Por isso, Jakobs descreve que “não se trata como pessoa quem “me ameaça... constantemente” quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão” (2012. p. 28). Conquanto, é preciso recordar que aqui não estamos a falar da percepção natural do presente conceito, mas sim de uma visão teórica em que o autor se pauta na análise sistêmica para conceber os sujeitos que integram o sistema social e como eles se relacionam.

Ademais, perceba ainda que, até aqui, nós só estamos jogando alguns pontos deste conceito de inimigo, pois não almejamos nos aprofundar nele, uma vez que o objeto proposto para o presente livro já foi alcançado, qual seja, estabelecer o Direito Penal do Cidadão.

Deste modo, nesse arremate final, ressaltamos que, para o autor, a essência do Direito está pautada no controle da complexidade, que assim o faz por meio da estabilização das expectativas a partir da norma jurídica. Para tanto, no Direito comum, o indivíduo, ao desrespeitar essa norma, passa a transmitir uma mensagem de não submissão a ela, e a pena tem uma função, ao lado de outras, que é de buscar reafirmar a vigência normativa.

Portanto, a soma destes pontos é o que fundamenta o Direito Penal do Cidadão, idealizado por Günther Jakobs, e, a partir dele, as bases para o direito de exceção, o Direito Penal do Inimigo. Mas, para darmos continuidade a este enredo, convidamos o leitor para o próximo livro, pois aqui jaz o encerramento deste. Até breve.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. Coleção a Obra Prima De Cada Autor. Editora MARTIN CLARET. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1 / Cezar Roberto Bitencourt – 17. ed. ver., ampl. e atual, de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.*

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito / Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. – 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2007.*

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Especial. Volume Único*. Editora jusPODIVM. Salvador. 2013 a.

_____. *Manual de Direito Penal. Parte Geral. Volume Único*. Editora jusPODIVM. Salvador. 2013 b.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 6. ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2011.*

FONSECA, Mariana Martins de Castilho. *UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DO FUNCIONALISMO DE CLAUS*

ROXIN À TEORIA DA AÇÃO. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 157-178, jan./jun. 2009.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC), n° 32, out./dez. 2000, p. 136 e 137, também disponível em;

http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=5. Acesso em; 09 de novembro de 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* / Rogério Greco. – 12. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal - Parte Geral*. Vol 2/ Luiz Flávio Gomes, Antonio Gracia-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. – 2. Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Direito Penal do Inimigo* (ou inimigo do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, publicado em 27/09/2004 e disponível em;
http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann* /

Guilherme Leite Gonçalves, Orlando Vilas Bôas Filho. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIBENTIL, Pierre. *O Direito na obra de Niklas Luhmann etapas de uma evolução teórica. O pensamento de Niklas Luhmann*. Org. José Manoel Santos. Luso Sofia;press. 2005.

HABIB, Grabiél. *O Direito Penal do Inimigo e a Lei dos Crimes Hediondos*. Salvador, Bahia, Brasil: Editora JusPODIVM. 2012.

Hegel, Georg Wilíelm Friedrich, 1770-1831. *Princípios da filosofia do direito* / G.W.F. Hegel; tradução Orlando Vitorino. – São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos).

HOBBS, Tomas. *Leviatã* (Clássicos Cambridge de Filosofia Política ed.). (M. B. João Paulo Monteiro, & r. d. Ostrensky, Trads.) São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins. 2014.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de um direito penal funcional*/ Günther Jakobs; tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes - Barueri, SP, Manole. 2003 a.

_____. *Teoria da pena; Suicídio e homicídio a pedido* / Günther Jakobs; Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes – Barueri, SP: Manole, 2003 b.

_____. *O que protege o direito penal; os bens jurídicos ou a vigência da norma?* Em O Direito Penal e Funcionalismo. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Universidade Autónoma de Madrid e versão para português por Nereu José Giacomolli, Universidade Luterana do Brasil. Porto Alegre: livraria do advogado. 2005.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.* / Günther Jakobs; Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geral de Carvalho, Tradutores. - Belo Horizonte, Brasil: Delrey, 2009.

_____. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas /* Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed. - Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora. 2012 a.

_____. *Fundamentos do Direito Penal /* Günther Jakobs; tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. – 2. ed. ver. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012 b.

LOMBROSO, Cesare, 1885 – 1909. *O home delinquente /* Cesare Lombroso; Tradução Sebastião José Roque. – São Paulo; Ícone, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I* / Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro. 1983.

LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução à obra de Gunther Jakobs. Em Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial* (arts. 121 a 212) – vol. 2 / Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Volume I. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO – Direito Penal Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006.

NETO, Félix Araújo; CARDENETE, Miguel Olmedo; *Introdução ao Direito Penal* – Félix Araújo Neto e Miguel Olmedo Cardenete; 1ª edição, CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2014.

NIKITENKO, Viviani Gianine. *FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. Direito em Debate*. Ano XIV nº 25, jan./jun. 2006, p. 123-135.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral: Parte Especial* / Guilherme de Souza Nucci. – 9. Ed., atual e ampl. – Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Cristina. *Da Interseção entre o Funcionalismo Sistêmico e o Direito Penal do Inimigo: É Possível uma Sociedade sem Pessoas?*. R. Jurídica, Curitiba, n. 25, Temática n. 9, p. 59-83, 2010-2.

OSTRENSKY, Eunice. *OS FILÓSOFOS: Clássicos da filosofia, Hobbes. v. I de Sócrates a Rousseau* / Rossano Pecoraro (org). 3. Ed. –Petrópolis, Rj: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *Do Contrato Social: Princípios de Direito Político* / J.J. Rousseau; [Tradução de Antônio P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli]. – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. *A origem da desigualdade entre os homens* / Jean-Jacques Rousseau ; Tradução Ciro Mironza. – São Paulo: Lafonte, 2012.

SANTOS, José Manoel dos. *A complexidade do mundo. O pensamento de Niklas Luhmann*. Org. José Manoel Santos. Luso Sofia;press. 2005.

SILVA, José Afonso. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, v. 212 | e-ISSN: 2238-5177 Rio de Janeiro. RJ. 1998.

Disponível em;

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2445>.

SILVA, Virgílio Afonso. *A evolução dos direitos fundamentais*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005): 541-558. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro, Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1899.

TREVES, Renato, 1907-1992, *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas* / Renato Treves; Tradução Mrcelo Branchini. – Barueri, SP; Manole, 2004.

KUNZLER, Caroline de Moraes. *Estudos de Sociologia*, 16, 123-136, 2014.

WILKINSON, Philip. *Guia Ilustrativo Zahar: Religiões*/ Philip Wilkinson; tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Roberto Cortes de Lacerda – Rio de Janeiro: Zahar. 2011.

QUER SABER MAIS SOBRE A EDITORA OLYVER?

Em www.editoraolyver.org você tem acesso a novidades e conteúdo exclusivo. Visite o site e faça seu cadastro!

A Olyver também está presente em:



facebook.com/editoraolyver



[@editoraolyver](https://twitter.com/editoraolyver)



[Instagram.com/editoraolyver](https://instagram.com/editoraolyver)



www.editoraolyver.org
editoraolyver@gmail.com

O SISTEMA PENAL DE JAKOBS: AS BASES DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO [VOLUME 1]

O SISTEMA PENAL DE JAKOBS: AS BASES DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO, (VOLUME 1). Reúne pontos teóricos que embasam a corrente de Günther Jakobs e que antecedem a teoria do direito penal do inimigo, sendo este um dos temas mais debatidos e por muitos, criticado. Portanto, a presente obra faz parte de um conjunto que buscará entender a visão do catedrático e os rumos que ele tomou até a chegada deste tão temido seguimento do direito radical. Para tanto, nesse primeiro momento, o autor busca traçar os pilares do chamado direito penal do cidadão, abordando temas como o contrato social (Hobbes e Rousseau), os sistemas sociais (Niklas Luhmann) e o funcionalismo sistemático (Günther Jakobs). A convergência destes é o que resulta no direito da normalidade. Então, para que possamos conhecer da exceção (Volume 2), faz-se necessário antes mesmo sabermos da regra (Volume 1). Logo, é nesse rumo que almejamos caminhar. Evidentemente, o objetivo aqui não é de positivizar a teoria em nosso ordenamento jurídico, mas apresentar essa temática em um estudo acadêmico, exploratório e descritivo, portanto, teórico. O resultado de todo o exposto decorre de trabalhos desenvolvidos pelo autor nos cursos de graduação e pós-graduação (*LATO SENSU*), bem como de artigos apresentados e publicados em seminários e demais eventos jurídicos. Então, boa leitura.

Laudemiro Ramos Torres Neto

ISBN 978 65 81450 73 1




OLYVER
www.editoraolyver.org

