



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO JOSÉ ALVES DO NASCIMENTO

**A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Juazeiro do Norte
2018

FRANCISCO JOSÉ ALVES DO NASCIMENTO

**A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Ângelo Silva de Melo

Juazeiro do Norte
2018

FRANCISCO JOSÉ ALVES DO NASCIMENTO

**A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito do
Centro Universitário Dr. Leão Sampaio,
como requisito para a obtenção do grau de
bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Ângelo Silva
de Melo

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Prof. Dr. Miguel Ângelo Silva de Melo
Orientador(a)

Prof.(a) Yohana Maria de Alencar
Examinador

Prof. Esp. Francisco Thiago da Silva Mendes
Examinador

Não faltará quem diga que as desilusões geradas pela democracia e pela globalização, ao invés de serem atribuíveis à baixa complexidade das perspectivas valorativas, sejam produzidas pelas desigualdades, injustiças e perversidades de relações sociais concretas. (...) A globalização seria a negação disso tudo e, conseqüentemente, um círculo vicioso. Tudo simplório demais para ser levado à sério. Não há soberania mundial, mas sim consenso forçado. Não há oposição, mas capitulação ou resistência. Não há cronologia nem variabilidade de opções, mas cartilhas unilaterais. E, onde não há incerteza nem indeterminação, não pode haver democracia. (Celso Fernandes Campilongo)

*Dedico este trabalho as minhas avós
Francisca Jacinto do Nascimento e Maria
Adelina de Jesus, pelos exemplos de amor
e por fazer ser uma pessoa melhor a cada
dia.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente ao Arquiteto do Universo que me proporcionou força, confiança e determinação para vencer os obstáculos da vida e principalmente nesses últimos 5 anos ardoz que tive que buscar conciliar faculdade com trabalho, vencer a exaustão do cansaço físico durante as aulas, e nas noites de viradas para conseguir obter aprovação nas disciplinas. Neste ano passei por momentos difíceis com a perda de minhas duas avós que sempre me apoiaram e sempre me incentivaram, Deus somente sua magnitude me transmitiu conforto no meu coração para seguir em frente.

Agradeço a minha mãe minha heroína símbolo de força e trabalho que sempre esteve presente em minha vida.

Ao Meu pai por me apoiar nas horas difíceis e toda minha família.

Ao governo do Ex-presidente Lula, que sempre lutou incansavelmente em buscar de diminuir a desigualdade social e por viabilizar acesso à educação de ensino superior.

Ao meu orientador Prof. Dr. Miguel Ângelo Silva de Melo pela paciência e compreensão e por todos seus ensinamentos, saiba que és um exemplo a ser seguido, logo mais seremos colegas de profissão e lutaremos sempre pela efetividade da dignidade humana e pela promoção dos direitos humanos.

A UNILEÃO, através do corpo docente, por oportunizarem a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

A todos os professores que me enriqueceram não só de conhecimento científico, mas a manifestação do caráter, ética e afetividade da educação no processo de formação profissional, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender.

RESUMO

Propor uma análise crítica sobre a teoria do direito penal do inimigo - teoria apresentada pelo jurista alemão Günter Jakobs – e sua implementação pela dogmática do direito penal brasileiro. Divididos em duas fases, a primeira será comprometida com o panorama histórico compreensivo do Direito Penal do Inimigo, demonstrando sua origem, seus princípios e suas bases filosóficas. A segunda fase da pesquisa, irá tratar da legitimidade do Direito Penal do Inimigo a partir da visão de Günter Jakobs, e terá como destaque o direito penal e as características elementares da pena, também será relatado os aspectos que configuram o propósito do Crime. O Direito Penal do Inimigo, provoca o direito penal a punir não a conduta do inimigo, mas o que de fato ele representa à sociedade, não possui objetivos específicos definidos, e nem a forma que a punição seria conduzida em relação a sujeito que é considerado como “inimigo da sociedade”. Sem considerar em primeiro plano, o bem jurídico lesado, preocupa-se muito mais em atentar pela prevenção geral do inimigo em comum (sociedade – Estado). A adequação metodológica da presente pesquisa é o procedimento bibliográfico comparativo e histórico, e como método de abordagem o, far-se-á uso de bibliografias, enciclopédias, artigos, livros, como instrumentos de pesquisa. Com esta finalidade, será traçado um panorama histórico-compreensivo do direito penal do inimigo e seus reflexos no Direito Penal com alvo nos princípios de fundamentais à proteção dos direitos humanos, entre outras garantias.

Palavras chave: Direito Penal do Inimigo; Direito Penal; Prevenção Geral; Punição; Fins Criminosos;

ABSTRACT

To propose a critical analysis of the criminal law theory of the enemy - theory presented by the German jurist Günter Jakobs - and its implementation by the dogmatic Brazilian criminal law. Divided into two phases, the first will be committed to the comprehensive historical panorama of the Criminal Law of the Enemy, demonstrating its origin, its principles and its philosophical bases. The second phase of the research will deal with the legitimacy of the Criminal Law of the Enemy from the view of Günter Jakobs, and will focus on criminal law and the elementary characteristics of the sentence, will also be reported the aspects that shape the purpose of Crime. The Criminal Law of the Enemy causes the criminal law to punish not the conduct of the enemy, but what it actually represents to society, does not have defined specific objectives, nor the form that the punishment would be conducted in relation to the subject that is considered as "the enemy of society". Without considering in the foreground, the damaged legal right, is much more concerned with the general prevention of the enemy in common (society - state). The methodological adequacy of the present research is the comparative and historical bibliographical procedure, and as a method of approach, bibliographies, encyclopedias, articles, books, as research instruments will be used. With this purpose, a historical and comprehensive panorama of the criminal law of the enemy and its reflexes in the Criminal Law will be drawn up with a focus on the principles of fundamental to the protection of human rights, among other guarantees.

SUMÁRIO

	página
1	INTRODUÇÃO..... 10
2	PANORAMA HISTÓRICO-COMPREENSIVO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO..... 12
2.1	ORIGEM, CONCEITO E SIGNIFICADO..... 12
2.2	POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE INIMIGO E CIDADÃO..... 13
2.3	BASE FILOSÓFICA..... 15
2.4	PUNIÇÃO COMO NECESSIDADE SOCIAL..... 18
3	O QUE É PUNIÇÃO? 19
3.1	DIREÇÃO HISTÓRICA 19
3.2	O ENCARCERAMENTO..... 21
3.3	A PUNIÇÃO..... 22
4	FINS CRIMINOSOS..... 24
4.1	TEORIAS ABSOLUTAS..... 25
4.2	TEORIAS RELATIVAS..... 26
4.2.1	Prevenção Geral..... 26
4.2.2	Prevenção Especial..... 29
5	A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PERSPEC- TIVA DE JAKOBS..... 31
5.1	A PESSOA..... 31
5.2	O DIREITO PENAL E A PENA..... 32
5.3	A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA..... 34
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 36
	REFERÊNCIAS..... 40

1 INTRODUÇÃO

O “inimigo” é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se as regras do convívio social. (MORAES, 2011, p.30) Ao longo deste presente trabalho iremos trabalhar conceitos e teorias que partem do estudo do Inimigo.

Buscar-se-á a compreensão das formulações trazidas por autores como Günter Jakobs, Michel Foucault, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, e se aferirá as características, conceitos, conjuntura histórico e críticas à Teoria acerca do Direito Penal do Inimigo.

A problemática do tema se exterioriza na crítica a posição do direito penal do inimigo nos dias atuais. Pois tendo como base seus aspectos básicos e a normatividade desta teoria, decorre uma afronta ao Estado Democrático de Direito factual existente no Brasil.

Temos, portanto, o intento de questionar a natureza material e formal da Teoria formulada por Jakobs a respeito do Direito Penal do Inimigo, através da exposição e descrição da matéria, possivelmente evidenciar sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

É de grande relevância para o direito e para a sociedade. E empenhados no estudo das relações sociais, trabalhar-se-á criticamente os pontos que versam em torno do direito penal do inimigo, e também para àqueles que utilizam o Direito Penal como meio hábil para solução de conflitos sociais.

O presente estudo tem como objetivo propor uma análise crítica sobre a teoria do direito penal do inimigo - teoria apresentada pelo jurista alemão Günter Jakobs – e sua implementação pela dogmática do direito penal brasileiro.

O sustentáculo teórico apresentado pelo autor está na diferenciação entre o direito penal aplicado a “pessoas comuns” que teriam tratamento diferente dos “inimigos” do Estado, que seriam basicamente indivíduos que cometiam delitos como habitualidade, reiteradas vezes.

Os capítulos desta pesquisa, serão divididos em duas fases, a primeira será comprometida com o panorama histórico compreensivo do Direito Penal do Inimigo, demonstrando sua origem, seus princípios e suas bases filosóficas. A segunda fase da pesquisa, irá tratar da legitimidade do Direito Penal do Inimigo a partir da visão de Günter Jakobs, e terá como destaque o direito penal e as

características elementares da pena, também será relatado os aspectos que configuram o propósito do Crime.

Será usado, também, como base bibliográfica o livro de Beccaria, dos delitos e das penas, com o objetivo específico de promover um diálogo entre os dois autores, onde um fez parte do início da ciência criminológica e o outro, traz uma percepção essencialmente dogmática da ciência penal. Assim, buscar-se-á pôr as duas ciências em confronto.

Em seguida, o segundo objetivo específico nos levará a um discernimento dentre os principais pontos relevantes do Direito Penal do Inimigo e sua relação com as Teorias Absolutas e Relativas do Direito Penal.

Finalmente, chegamos ao último objetivo específico, o qual buscará avaliar se o Estado Soberano poderá ou não fazer uso deste panorama teórica utilizando a ciência do direito penal como mecanismo de combater à criminalidade, ferindo a sua principal característica o princípio da *última ratio*.

A adequação metodológica da presente pesquisa é o procedimento bibliográfico comparativo e histórico, e como método de abordagem o, far-se-á uso de bibliografias, enciclopédias, artigos, livros, como instrumentos de pesquisa. O Método de Abordagem será o método indutivo, que para Lakatos e Marconi, significa,

Um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusão cujo conteúdo é muito mais amplo do que as premissas nas quais se baseiam. (MARCONI, 2003, p.86)

Com esta finalidade, será traçado um panorama histórico-compreensivo do direito penal do inimigo e seus reflexos no Estado Democrático de Direito com alvo nos princípios de fundamentais à proteção dos direitos humanos, entre outras garantias.

2. PANORAMA HISTÓRICO-COMPREENSIVO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 ORIGEM, CONCEITO E SIGNIFICADO

O Direito Penal é considerado por muitos estudiosos – tais como Francisco Munoz Conde (2012), Cleopas Isaias Santos (2011) e Alexandre Almeida Rocha de Moraes (2011) - como um dos instrumentos do Direito com habilidade e capacidade de exercer o controle social dos distintos indivíduos em sociedade, principalmente, no que diz respeito a implementação de coercitivos instrumentos e de punição, repressão e de prevenção.

Este instituto responde ao sistema binário do direito penal, o qual dispõe que toda ação tem uma omissão, e ao fim indica ao sujeito ofensor um estigma: a imposição do título de criminoso, uma vez que para Paulo Cezár Busato “o inimigo é produto da dualidade através de um processo de “etiquetamento”. (2011, p. 207). Assim, entende-se que para a melhor compreensão deste instituto se faz necessário realizar um sucinto panorama de sua evolução histórica.

O maior idealizador do Direito Penal do Inimigo foi Günter Jakobs, tendo como base supositícia a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. (MORAES, 2011), em análise a teoria por ele criada:

Jakobs afirmava em tom quase trágico, que o Direito Penal Deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo. Como consequência inevitável (...) frente a um ‘Direito Penal do Inimigo’, não existe hoje uma alternativa visível. (MORAES, 2011, p. 182)

A teoria que entabulou-se a curtos passos, ao decorrer dos anos, foi se desenvolvendo, e em 2003, à época a mais recente obra de Jakobs, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, não mais era uma considerável alternativa, era tratada por ele como “legitimadora, e justificadora dessa linha de pensamento” (MORAES, 2011, p. 182)

Conforme Silva, Ifadireó e Albuquerque Filho (2018),

A referida doutrina busca legitimar o tratamento diferenciado para aqueles agentes que incorrem em crimes mais gravosos face ao Estado ou até mesmo aos cidadãos. Ou seja, é a

legitimação à um estado de exceção face a gravidade do fato cometido. (SILVA; IFADIREÓ; ALBUQUERQUE FILHO, p. 574 2018)

A teoria do Direito Penal do Inimigo vem sendo debatida no cenário jurídico do Direito penal há mais de trinta e dois anos (MORAES, 2011), teve surgimento quando o penalista alemão Günther Jakobs tido como um dos discípulos de Welzel, utilizou dessa expressão Direito Penal do Inimigo em uma Jornada de Professores de Direito Penal, em Frankfurt no ano de 1985. Apesar desta ter sido uma das primeiras aparições marcantes dessa teoria, Jakobs era um crítico pontual a tendência alemã quanto à criminalização do estado prévio à lesão de um bem jurídico (MORAES, 2011). Por conseguinte, baseado em políticas públicas de combate à criminalidade nacional ou internacional, a abordagem dogmática do direito buscava a legitimação eficaz instrumento de controle criminal no Estado Alemão, pós-segunda grande guerra. Com aparição dessa teoria no cenário mundial, a discussão tornou-se bastante emblemática, principalmente, quando Jakobs institui uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo (GRECO, 2000).

Para Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, não se trata de apenas uma teoria, tratava-se da sua própria concepção de direito penal, e o denominava como Direito Penal do Cidadão (MORAES, 2011, p. 181)

Günter Jakobs, na sua exposição acerca do Direito Penal do Cidadão, dispunha que o Direito Penal “não era mais uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo”. (MORAES, 2011, p.182). Neste contexto, percebe-se que, o Direito Penal do Inimigo toma uma projeção diferente, uma vez que não é mais uma escolha social, passa a ser voltada para àquele que pratica atos despropósitos à Lei, tendo em vista o alavancar de sua legitimação no sistema jurídico.

2.2 POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O INIMIGO E O CIDADÃO

Essa é uma Teoria levantada por Günter Jakobs, ao apresentar o direito penal do inimigo como um instituto razoável. Tendo em vista o crescimento da violência, e a confusão entre cidadão e inimigo (BUSATO, 2011), tendo em vista que para Paulo César Busato (*apud* Jakobs, 2011), o direito penal determinaria que o cidadão deveria, a partir de então, ser tratado de maneira díspar daquele

indivíduo que comete crimes, estes por sua vez, perderá o status de cidadãos e não serão considerado como pessoas, serão tratados em uma categoria dissemelhante, taxado de “inimigo”. Fato, esta perspectiva indica, portanto, que deverá ser adotada uma postura para o cidadão “de bem”, e outra para o “não-cidadão” ou inimigo total¹, como acrescenta Günter Jakobs:

O direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física até chegar a guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. (JAKOBS, MELIÁ, p. 44, 2005).

Essa perspectiva é amplamente criticada por Paulo Cezár Busato (2011) ao salientar que seria uma afronta ao princípio da igualdade, que caminhou tantos anos para alcançar sua tão pequena efetividade. E nesse ponto se torna incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois, “nenhum Estado que negue a qualidade de pessoa a um indivíduo pode autoproclamar-se democrático de direito” (BUSATO, 2011) e complementa,

Jakobs defende a possibilidade de tratar de maneira distinta, “cidadãos” e “inimigos”, em todos os sistemas de controle associados à realização de um delito, quer dizer, tanto no Direito Penal, quanto no Processo Penal, inclusive no âmbito da Execução Penal, o que leva pra dentro do próprio sistema penitenciário a dualidade excludente do reconhecimento de pessoas em condição pior que outras e, conseqüentemente, merecedoras de uma compressão do sistema penal ainda maior do que simplesmente prisão. (BUSATO, 2011, p. 2010).

Portanto, nos obsta ressaltar que apesar do verossímil posicionamento de Jakobs, é inaplicável em um Estado Democrático de Direito, portanto esse posicionamento afronta os princípios constitucionais, tais quais o da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Igualdade e o Princípio da Isonomia:

Sua “não existência” como cidadão precede sua não existência como ser humano, titular de garantias por esta simples condição,

¹ É intitulado como Inimigo total por influência de Carl Schmitt, que coadunava com o ideal de Jakobs. (BUSATO, 2011)

e abre portas, finalmente, para a possibilidade de sua aniquilação ou extermínio físico, sem que isso signifique de alguma forma, a perda de “algo que existe no mundo”. (BUSATO, 2011, p. 217)

Não é razoável permitir que o ser humano, seja excluído da sociedade de uma maneira definitiva, todas as atitudes tomadas pelo Estado com respaldo no direito de punir. Deve-se considerar que esse mesmo indivíduo penalizado futuramente irá compor novamente a sociedade. Outro ponto destacado na discussão de Cezár Busato (2011), é o sistema falho da dualidade, pois em dado momento o inimigo se dissolverá, através do cumprimento da sua pena, então, a sociedade deve estar preparada para os reflexos de tê-lo afastado da qualidade de pessoa no momento do fato atípico, como então lidar com as marcas trazidas pelo cárcere?

Cezár Busato (2011) indica que a resposta para esta celeuma se dá através da “adoção de uma política comunicativa, (...) de partilhar quadros de mundo, de conscientização e absorção das diferenças, mesmo daquelas geradas pelo próprio sistema penal” (p.215)

A atual conjuntura, apesar de camuflar essa prática trata o delinquente como “elemento” e “inimigo”, tratamento este que dificulta a inserção da cidadania e a recolocação desses sujeitos na sociedade. (BUSATO, 2011)

2.3 BASE FILOSÓFICA

A linha de raciocínio utilizado por Jakobs para o desenvolvimento dessa teoria, possui raízes filosóficas distantes.

O fundador dessa Teoria Günter Jakobs, usa como recursos filosóficos teorias e suposições jurídicas dos séculos XVII e XVIII, para poder justificar a divisão que faz em sua obra, sobre a coexistência de duas classes de sujeitos humanos, quais sejam: Os cidadãos e os inimigos. (SANTOS, 2012).

Cleopas Isaias Santos (2012), aponta que para dividir o direito penal em duas imputações diferenciadas, (direito penal do cidadão e direito penal do inimigo), Jakobs baseia-se constantemente no pensamento de George W. Friedrich Hegel, que direciona a pena criminal em duas variações, para o cidadão, e nessa circunstância a pena seria uma forma de (re)afirmação da

legalidade da norma, quando se refere a fatos que existiram em algum momento no passado e quando fosse tratado o “inimigo” este não receberia o mesmo tratamento, sendo imputado a este um significado de cunho físico, e punido de forma a custodiar a segurança de forma preventiva, essa atitude seria tomada tendo como argumento, a precaução sobre a eventualidade de novos fatos, a reincidência:

A proposta de JAKOBS passa ao largo das teorias do conflito da moderna Sociologia, fundadas nas contradições econômicas e políticas do modo de produção de vida material nas sociedades humanas, preferindo o *consenso* da velha teoria do *contrato social* para definir sociedade e Estado – o que pode explicar ideias rudimentares sobre *crime e criminoso* que inspiram a proposta. Assumindo a *teoria do consenso* como método de trabalho, aproveita para lembrar que **todos os criminosos** seriam **inimigos** da sociedade, conforme ROSSEAU – ou *feras*, Segundo FICHTE -, contra os quais se aplicaria um *jus belli*, pela violação do *consenso*, (...) o pressuposto natural do contrato social. (grifo do autor) (SANTOS, 2012, p. 4-5)

Verificamos, portanto, que para o autor a fundação da Teoria do Direito Penal do inimigo trabalhada neste capítulo que as bases são teorias calcadas na imutabilidade do ser humano. A este respeito, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011) ao recuperar o pensamento de Emmanuel Kant (1724-1804) e Thomas Hobbes (1588-1679), dispõe que:

O indivíduo ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser pessoa. Logo, deve morrer como tal (Rosseau); perde todos os direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo. (MORAES *apud* KANT, HOBBS, 2011, p. 190)

A teoria do contrato social defendida por Thomas Hobbes e também por John Locke (1632-1704), nos leva a perceber a possibilidade de existência de um bom senso humano, portanto esse bom senso reflete a um dos elementos básicos para uma sociedade pacífica. E a quem faltasse essa percepção e conduta e agisse conforme o seus instintos e paixões não teriam direito a remissão, seriam, por obvio inimigos do Estado. (BAPTISTA, 2011). Nesta percepção, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011) ao se remeter a Luiz

Flávio Gomes (2011), apresenta uma crítica análise acerca do que é o Direito penal do inimigo, e aduz que a construção se outorga da seguinte forma:

a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo (Kant). (MORAES *apud* GOMES, 2011, p. 186).

Neste diapasão, podemos compreender que Günter Jakobs tem como seu ponto principal de parâmetro teórico os filósofos que apoiam a ideia de direito como um contrato, e que a partir do instante em que um sujeito adquirir o 'status quo' de delinquente, ele perde o direito de ser cidadão, e essa qualidade é irreversível.

Para Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011) as violações cometidas pelo delinquente tiram dele o direito de pactuar com os demais cidadãos, não há mais possibilidade de coadunar o "inimigo" com o cidadão e formar uma relação jurídica. Por sua vez, Günter Jakobs (2005), aponta uma ressalva a sua teoria, para que o sujeito adquira a característica de inimigo, deverá manter sua atitude de forma reiterada, e não apenas como um fato isolado.

Neste diapasão, compreende-se que o indivíduo, deliberou viver em sociedade, submeteu seu comportamento a um conjunto de normas positivadas no ordenamento jurídico, aptas a proteger sua vida social, e a resguardar os valores essenciais para alcançar a paz social. Assim ensina Cesare Beccaria:

O homem sacrifica parte de sua liberdade por interesses pessoais, tendentes a satisfazer suas necessidades, desta forma, a melhor maneira de apaziguar suas necessidades, com segurança, é viver em grupos. Mas para pacificar os conflitos, inerentes ao ser humano, é necessário seguir condições, ou seja, leis, capazes de garantir as tais necessidades. (BECCARIA, 2001, p.10).

Desta forma, na medida que o indivíduo sacrifica sua liberdade, em nome de um consenso social e para fazer parte de um grupo, indiretamente acaba concedendo a si mesmo um pressentimento de segurança, através das garantias Estatais que o ordenamento jurídico viabiliza.

2.4 PUNIÇÃO COMO NECESSIDADE SOCIAL

“De fato observando certos delitos, não se parece ver nada além de pessoas.” (CARNELUTTI, 2007, p.21).

Francisco Carnelutti (2007), relata que para haver a prática do crime, é fundamental dois elementos: Pessoa e coisa, contudo, prossegue classificando o próprio homem como coisa, entretanto, o ser humano é uma coisa dotada de personalidade, opiniões e espírito, e por isso é então denominado como pessoa, mas também pode ser nominado como coisa quando o ponto de referência for apenas seu corpo. Para que haja a prática de um crime, deverá por tanto o homem unir o *corpus* e *animus*. (CARNELUTTI, 2007).

Francesco Carnelutti (2007) conclui seu raciocínio afirmando que são estes um dos fundamentos da teoria penal. Portanto qual é o propósito do direito penal? Podemos afirmar, que o direito penal substantivo, também apresentado como direito penal material e trata-se do direito penal propriamente dito, este direito penal substantivo, formata-se, pois, através de normas constituintes reguladoras dos institutos jurídicos e penais. (BITTENCOURT, 2012).

Para César Roberto Bittencourt (2012) é relevante perceber que as condutas criminosas cominam as sanções correspondentes (Código Penal), portanto a agregação de valorações e princípios jurídicos que norteiam a aplicação e interpretação das normas penais”. (BITTENCOURT, 2012, p.21).

Complementando esta perspectiva sobre o fim social da punição, o sociólogo Michael Foucault, em sua *Vigiar e Punir*, aponta que ela [punição] seria toda e qualquer atitude cobrada pela sociedade mesmo nos séculos antigos XVII, XVII. (FOUCAULT, 2016). Assim, percebe-se a mudança ao longo dos séculos de uma punição que outrora era a morte, passando para um sistema mais severo de punição.

3 O QUE É PUNIÇÃO?

“É preciso que a justiça criminal puna, em vez de se vingar” (FOUCAULT, 2016, p.74)

A punição retrata muitas vezes, uma miséria física. E é aplicada frente a outros instrumentos de controle social. Porém nem mesmo em Cesare Beccaria (1991) ou em Michael Foucault (2016) se foi possível perceber os motivos que levaram a imputação de pena a alguém.

3.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA

A punição generalizada disposta em Michael Foucault (2016) encaminha à o suplício que eram como denominavam as penas impostas pelos carrascos. Tendo como marco a mudança sucedida no século XVII, onde a maneira pela qual a punição é aplicada, se tornou mais “humana”. (FOUCAULT, 2016)

Mas, o que era considerado suplício? Para em Michael Foucault, eram três os requisitos para considerar que uma pena aplicada fosse denominada suplício, eram eles: a) produzir uma certa quantidade de sofrimento. b) produção de sofrimento regulada e c) praticar o sofrimento através de um ritual. (FOUCAULT, 2016). Corroborando com esta perspectiva, Isabel Brites (2007), ressalta que a obra em discussão de Michael Foucault (2016), aponta para uma centralidade, voltada para a violência nas prisões, e discorre que o livro, proporciona uma perspectiva que vai além da questão arqueológica e antropológica, uma vez que leva a sociedade a se questionar relativamente sobre a modernidade e como a questão do poder influenciou e continua influenciando a justiça enquanto reativa do saber. (BRITES, 2007).

Por conseguinte, acentua-se que essa concepção ganhou forma no século XVII, principalmente, quando a mesma, inclinava-se a punir sem desrespeitar a humanidade. Assim, dispõe Michel Foucault ao asseverar que:

Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. (FOUCAULT, 2016, p.74).

Portanto, desde a fala de Isabel Brites como também na visão de Michel Foucault, que a punição com “sangue” não era mais tida como motivo de orgulho, o Estado não levava esse brasão a frente de seus atos, a justiça moderna tinha “vergonha de punir.” (BRITES, 2007, p.168).

Fato significativo que vale ser recuperado é a influência do período modernista e sua abordagem teórica iluminista, a qual, segundo Michel Foucault (2016) era denominada de “Época das luzes”.

Esta época foi o término das punições de cunho violento que atentavam diretamente à vida humana, “um ponto de parada imposto à vingança do soberano” (FOUCAULT, 2016, p.74). Nesse contexto, colaborando com esta perspectiva, Isabel Brites, relata que:

A justiça arvora outro rosto e não assume mais, publicamente, a parte da violência que está ligada ao seu exercício. Matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela, que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. (BRITES, 2007, p. 168).

Há também nessa faixa temporal, uma “suavização dos crimes”, demarcada pela melhoria de vida da população, os grandes bandos não teriam mais sucesso em suas tentativas criminosas, uma vez que o policiamento, e os métodos de vigilância tornaram-se mais vigorosos. Fator determinante também desde diminuição criminosa, foi a supervalorização jurídica das relações de propriedade:

A passagem de uma criminalidade de sangue, para uma criminalidade de fraude faz arte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem-ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas. (FOUCAULT, 2016, p.78).

Entendeu-se necessário, então, modificar a maneira pela qual, os castigos eram aplicados, surgia uma nova lei, moldada através de uma teoria do crime, onde o poder de punir, trazia a justificativa (fosse ela moral ou política), uma nova era na justiça penal. (BRITES, 2007).

3.2 O ENCARCERAMENTO

Michel Foucault (2016) aponta para a necessidade de se promover uma reforma no sistema e nas práticas de punições generalizadas, uma vez que estas não deveriam mais serem consideradas como penas, unicamente pela gravidade da falta, a prisão existia, de fato. Mas, o que existia era utilizada de forma variada. (FOUCAULT, 2016). Posteriormente, a prática da reclusão penal foi criticada veementemente pelo autor ao acrescentar que:

É incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e se corre o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiães. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania. (FOUCAULT, 2016, p. 112-113)

A prisão é um instrumento e vetor de poder (FOUCAULT, 2016, p.33), e cabia a justiça criminal a punição, ao invés da vingança, e o objetivo das penas seriam o corpo e alma dos indivíduos. (BRITES, 2007, p. 173). Pois, a finalidade da pena, foi modificada e, conseqüentemente, o sujeito não seria mais reconstruído, não haveria sequer a tentativa para tanto:

O cidadão preso ao pacto social, mas de novo o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras e ordens, e que interiorizaria uma autoridade exterior a si. Tratando-se de formar indivíduos submissos, o encarceramento trazia consigo um novo fator, claramente facilitador: o segredo. (...) Este segredo, esta autonomia do exercício do poder de punir, vinham pôr em causa toda a teoria política da penalidade proposta pelos reformadores: sua clareza, transparência, negação do arbítrio. (BRITES, 2007, p. 172).

A pergunta trazida por Isabel Brites (2007), é muito pertinente ao que tange o Direito Penal, a respeito da punição, porque dentre tantas possibilidades de punição do sujeito, a prisão se impôs? Anteriormente a isso, Michael Foucault respondia essa indagação, porque através da prisão, o Estado poderia permanecer com a submissão do corpo. E dispunha que “A disciplina fabrica, assim, corpos submissos e exercitados, corpos dóceis” (FOUCAULT, 2016, p. 127). Por objetivo de continuar mantendo o padrão de imposição do poder, que na Idade moderna já estava inserido não só nas prisões, mas também nas escola, hospitais, ginásios, o militarismo em ascensão, uma vez que a “[...] prisão

tornou-se, então, uma coisa tão óbvia, que se impôs sem alternativas e fez esquecer todas as outras punições imaginadas pelos reformadores do século XVIII.” (BRITES, 2007, p. 180).

Isabel Brites, complementa que,

A privação da liberdade tinha uma função de reparação econômico-moral, já que permitia quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo; era óbvia a sua aceitação enquanto aparelho transformador dos indivíduos, já que os mecanismos que impunham ao corpo social preexistiam-lhes no quartel, na escola, na oficina; era óbvia finalmente, porque aparecia como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. (BRITES, 2007, p. 180).

Apesar de haverem tantos apanágios na escolha da aplicação da pena, mostrou-se que de igual maneira existem vários inconvenientes na aplicação a pena, pois a aplicação da forma apontada pelo Direito Penal, pois a punição de forma “solta”, se torna inútil.

3.3 A PUNIÇÃO

A punição na época clássica, era tida como objeto utilizado para reafirmar o poder (BRITES, 2007). Poder este, que define a conduta dos indivíduos pertencentes a uma sociedade, que condena, e que perdoa sujeitos que vão de encontro aos valores por ela impostos, fugindo do padrão social mínimo exigido. Cesare Beccaria (1991) atribui ao coração humano a compreensão acerca do que se trata o direito de punir, e a motivação por trás da punição. (BECCARIA, 1991), uma vez que para ele a punição surge da e na natureza do homem enquanto ser dotado de liberdade, em contrassenso com sua conduta que pode ser por diversas vezes instável, movido constantemente pela paixão dos seus instintos, a saber:

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. (BECCARIA, 1991, p. 11)

Como pontua Cesare Beccaria (1991), não punir também é uma escolha da supremacia do Poder apontando não uma falha, mas um ato de benevolência do soberano, contudo, essa beneficência pode ser considerada um ato de

injustiça, não ao infrator, mas a sociedade que confiou o direito de punir ao poder maior, na pessoa do Estado.

A punição não pertence a um cidadão apenas, mas a coletividade, e não entregar ao Estado esse direito de punir não qualifica o cidadão como mentor desse direito. (BECCARIA, 1991)

Portanto, reconhece-se o direito indelegável de punir do Estado, e não cabe a nenhum integrante do corpo social ir de encontro a essa prerrogativa.

4 FINS CRIMINOSOS

Günter Jakobs (2005) em tentativa dar sentido ao caráter finalístico da pena, desenvolveu hipóteses de prevenção criminal, baseando sua teoria em escolas dogmáticas penais, tratando este como um problema crucial para desenvolver sua conjectura acerca do Direito Penal do Inimigo. (MORAES, 2011). Por sua vez, Raúl Zaffaroni (2007) regride à Teoria da Pena no Direito Penal pré-moderno, onde apesar da rudimentar maneira pela qual o Direito Penal do inimigo era exposto, já havia a legitimação do poder de punir.

Contudo, o direito penal da pré-modernidade baseava-se na figura do inimigo como “uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo” (ZAFFARONI, 2007, p.83) e o tratamento qualificado como “diferenciado” para pessoas consideradas inimigos ou que praticavam atos de delinquência, eram encarados apenas numa condição emergencial.

Neste contexto, Alexandre de Moraes (2011) fazendo uso do pensamento de Francesco Carrara, dispõe que:

A palavra pena tem três significados distintos: 1º - em sentido geral, exprime qualquer dor, ou mal que ocasione dor; 2º - em sentido especial, designa um mal que sofreremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas naturais; 3º - em sentido especialíssimo, indica aquele mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de delito por ele praticado. (MORAIS apud CARRARA, 2011, p. 140)

Esses três sentidos das penas apontados por Carrara, fomentaram discussões no meio jurídico-criminal, e estas, tomaram tamanha amplitude, que mais adiante, se transformaram em escolas, as Escolas de estudos das Ciências Criminais discutiam as ideias centrais a respeito da Teoria Geral da Pena, voltadas para as causas e consequências do crime, e para Moraes (2011) também indicavam uma “luta eficaz contra a criminalidade” (p.141), que ao invés de punir o indivíduo, fornecia subsídios para que ele voltasse a convivência social, essas medidas foram nomeadas como “medidas de segurança” (MORAIS, 2011, p. 141).

O firmamento contemporâneo no qual habitamos, exige um pensamento mais voltado para o funcionalismo, Basileu Garcia (1976), retrata esse cenário a contento, ao acervar que:

A prevenção geral e a prevenção especial, cabem as vantagens da pena. Sob o Lema da prevenção especial, tem-se em apreço a pessoa do delinquente, sobre o qual se exerce a medida repressiva. Conquanto destinada à repressão, a pena realiza uma função preventiva, quando afasta o indivíduo do meio social, impedindo-o de delinquir, e quando visa criar estímulos para que não torne a praticar crimes quer infundindo-lhe o temor do castigo, quer procurando corrigi-lo, para que ele, melhorando moralmente, se sentia propenso a uma conduta compatível com a vida em sociedade. (GARCIA, 1976, p. 406).

Após essa preliminar digressão ao conceito de pena, adiante, tratemos das propostas integradoras de Jakobs, Teorias Absolutas e Teorias Relativas acerca da Pena.

4.1 TEORIAS ABSOLUTAS

O conceito de Teoria absoluta, tem como fundamento o princípio moral *punitur quia peccatum est*. São consideradas como absolutas, as Teorias que habilitam o estudo do Direito Penal como um fim em si mesmo, e este não requer justificativa, uma vez que estas abordagens são:

[...] teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como 'castigo' 'reação', 'reparação' ou, ainda, 'retribuição' do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, 'relativas' todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (FERRAJOLI, 2002, p. 204)

Rogério Greco (2017) aponta que falar de Teoria absoluta é também falar de Teoria da Retribuição, e pela harmonia da discussão, se remete a Claus Roxin tendo em vista que este consagrado doutrinador conceitua precisamente a Teoria Absoluta (ou da Retribuição) ao assegurar que:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A

concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (GRECO apud ROXIN, 2017, p. 621-622)

Por sua vez, Aduz Greco (2017), que a Teoria Absoluta é mais socialmente aceita, por tratar-se de uma forma de satisfazer os danos sociais outrora sofridos, seja aplicando uma pena restritiva de liberdade tem-se a sensação que não houve impunidade, o sujeito pagou sua parcela de dívida. Porquanto, caso haja a aplicação de uma pena mais branda como a de restrição de direitos ou multa, a sociedade não se regozija, pois não houve o aprisionamento do sujeito delinquente.

4.2 TEORIAS RELATIVAS

A Teoria relativa, se baseia no critério da prevenção, e este se baseia em dois tipos: A Prevenção Geral e a Prevenção Especial. A Teoria da Prevenção, conforme veremos, tem sua preocupação voltada para os acontecimentos que ainda ocorrerão, que fazem parte do futuro, muito mais do que com os acontecimentos que se encontram no passado, pois estes, não gerarão mais danos à sociedade, todo o mal causado, já ocorreu.

4.2.1 Prevenção Geral

É comum que todas as doutrinas utilitaristas confirmem um objetivo único à pena. Apesar que no último século, essa concepção sofreu mudanças e a finalidade do direito penal, passa a configurar fins distintos aos vários tipos de pena. (FERRAJOLI, 2002) Esse objetivo único que se expõe, é voltado a máxima prevenção no que diz respeito à reincidência, e para tanto, o utilitarismo apresenta quatro finalidades preventivas, Luigi Ferrajoli aponta-as, esclarecendo que estas finalidades foram elencadas passando pelo estudo teórico-jurídico de Platão, evoluindo através de estudos que surgiram no passado iluminista e atualmente são cumulativamente indicadas, são elas, a saber:

as quatro finalidades preventivas comumente indicadas pelo utilitarismo penal como justificações da pena, quais sejam a emenda ou correição do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir todos os outros de imitar-lo por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração

disciplinar destes com aqueles e o conseqüente reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados dizem respeito somente a prevenção dos delitos. (FERRAJOLI, 2002, p. 212).

Essa Teoria defende a solução de pena baseada nos fundamentos do Contrato Social de Hobbes, e representa uma das funções através da qual a prevenção social se expressa, tratar do cidadão buscando a prevenção dos delitos (MORAES, 2011). Para a Teoria da Prevenção Geral, “o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade.” (GRECO, 2017, p. 623).

A este respeito, Alexandre de Moraes (2011) bebendo nos ensinamentos de Giuseppe Bettiol (2000, p. 653-654), ressalta que: acerca da finalidade da Teoria da Prevenção Geral, dispendo o seguinte,

O fim único das penas é afastar os delitos da sociedade, em razão do que através da ameaça, deve-se considerar presente na aplicação e na execução da pena a ideia de que a generalidade dos cidadãos é colocada na condição psicológica de não cair no delito. A sociedade defende-se de melhor modo contra o crime quanto, através da ameaça da pena em geral, e sua aplicação ou execução em particular suscita nos cidadãos inibições capazes de frustrar aquelas forças psicológicas que podem existir no ânimo dos cidadãos como determinantes do crime. (MORAES apud BETTIOL, 2011, p. 152).

Nesse sentido, obsta salientar ainda que o pensamento de Jeremy Bentham (2002), é agraciado por Alexandre de Moraes, tendo em vista que o filósofo judeu já trabalhava com a ideia de que a finalidade principal da pena era “prevenir delitos futuros, pois o que já passou não representa mais ameaça, mas sim, a violência incógnita que ainda está por vir.” (MORAES, 2011, p. 153).

Corroborando com esta concepção, Luigi Ferrajoli (2002) acrescenta que a intenção da prevenção, com um olhar generalista, é o cuidado para com o “*delits semblables*”, uma vez que a prevenção pode “acontecer tanto pelo réu, como também por outros sujeitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 2013). Esses sujeitos, podem ser também a comunidade.

Dando seqüência ao diálogo de Rogério Greco (2017) com as concepções expostas por Friedrich Hassemer (1993), criticam ambos à Teoria apresentada, uma vez que do ponto de vista dos autores, estas se tratavam de

intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se, necessariamente, em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: – o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e – a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).” (GRECO apud HASSEMER, 2017, 624).

E fazendo uso do pensamento de Friedrich Hassemer (1993), complementa:

o que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme ao Direito (ou só conforme o Direito Penal?), uma ‘conversão’ também interna, uma ‘cura’, um consentimento(?) com as normas sociais/jurídicas/penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação, a rigor, se justifica. (GRECO apud HASSEMER, 2017, 625)

Portanto, partindo do pressuposto de aplicabilidade da Teoria da Prevenção Geral, Grego (2017), se faz necessário, compreender que para atingir a ressocialização do indivíduo (assim como sua punição), requer que seja implantada uma intervenção jurídica do Estado, pois se trata de uma problemática político-social. Então por si só, nenhum programa adotado será eficaz. (IDEM, p.624)

Para Greco, “Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel”. (GREGO, 2017, p. 624) Então, para que a prevenção geral, tenha a mínima chance de atingir a efetividade, é de extrema importância que paralelamente à punição, os programas de ressocialização estivessem implantados e funcionem amplamente.

4.2.2 Prevenção Especial

Os critérios trazidos pela Teoria da Prevenção Especial, remontam aos primórdios do pensamento filosófico penal (FERRAJOLI, 2002). A este respeito, Alexandre de Moraes, afirma que a:

Teoria da prevenção especial pretende a substituição da Justiça Penal por uma medida social, cuja tarefa é o saneamento social pela aplicação de medidas terapêuticas que visam tornar o delinquente que o torne, por assim dizer, dócil. Tais medidas, englobam a segregação provisória ou definitiva e o tratamento ressocializador que lhe anule as tendências criminosas.” (MORAES, 2011, p. 148)

Portanto, tendo em vista a pretensão da Teoria da Prevenção Especial, aqui destacam-se as medidas de segurança, Alexandre de Moraes, ao citar Bruno Levorin (2003), dispõe que:

A medida de segurança parece ganhar destaque dentro dos ordenamentos jurídicos nas diversas legislações considerando que, na prática ‘as penas privativas de liberdade, inclusive severas, não resultaram suficientemente eficazes contra os multirreincidentes; aparece como imprescindível – salvaguardando o princípio da dignidade da pessoa humana e as exigências de legalidade no sentido mais amplo do termo – a aplicação de uma medida de segurança.’ (MORAES *apud* LEVORIN, 2011, p. 148).

A Teoria da Prevenção Especial, trata da neutralização do agente, retirando-o da sociedade, suspendendo a oportunidade de que este pratique novos delitos (GRECO, 2017). Essa Teoria tem dois polos, um positivo e um negativo, Ferrajoli, aponta esses polos como finalidades, a positiva “como reeducação do réu” e a negativa “a sua eliminação ou neutralização”, esses polos não são excludentes entre si, contudo, complementam-se e são cumulativos. (FERRAJOLI, 2002, p.213).

Rogério Greco, citando Roxin, aponta que “Pela prevenção especial positiva, a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.” (GREGO *apud* ROXIN, 2017, p.623) E, Citando, Bittencourt, retrata o objetivo da prevenção especial, “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que

não volte a transgredir as normas jurídico-penais.” (GRECO apud BITTENCOURT, 2017, p. 624)

Segundo Luigi Ferrajoli (2002), as orientações trazidas a respeito da Prevenção Especial, não se preocupam com o fato delitivo praticado, preocupam-se ordinariamente com o réu, estes são colocados em destaque de acordo com suas características individuais, estas à frente das ações delitivas.

As críticas a esta Teoria, partem do ponto em que ela busca alcançar a pessoa do agente e não o fato praticado por ele, Alexandre de Moraes, citando Paulo de Souza Queiroz, usa como exemplo, que uma medida de segurança aplicada à um sujeito que pratica furto reiteradas vezes, seria superior a uma pessoa que pratica homicídio doloso, pela lógica prevenção especial, pois para esta teoria “decisivo não é o fato em si, mas o seu autor, uma vez que o fato é sintoma da temibilidade do agente” (MORAES apud QUEIROZ, 2011, p. 150)

5 A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DE JAKOBS

O autor da Teoria do Direito Penal do Inimigo, apesar de criador, sempre a tratou de maneira muito crítica, comparando-a muitas vezes com o “direito penal da normalidade”, essa segunda teoria, tinha por base principalmente a maneira pela qual a sociedade era visualizada pelos contornos doutrinários do autor. (MORAES, 2011)

Tendo em vista o panorama da legitimidade do direito penal, tendo como base a perspectiva de Jakobs do direito penal da normalidade (ou do inimigo), entende-se que esse tema ainda se encontra aberto a discussões.

5.1 A PESSOA

Jakobs tem posto em prova a qualificação/caracterização de um ser humano enquanto pessoa. Augusto Silva Dias, relata que para Jakobs pessoa não é o que define um ser humano individual, “é uma construção normativa, - pessoa jurídica- composta por três elementos: uma unidade de direitos e deveres, que se comporta de modo fiel ao Direito e fornece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal” (DIAS, 2012, p. 202).

Dias complementa, afirmando que na Teoria proposta por Jakobs, que comete o ato criminoso, provoca uma frustração, a uma expectativa imposta pela norma, e por consequência, devia do seu papel de “pessoa” (DIAS 2012).

Augusto Silva Dias, complementa,

O agente não foi fiel ao Direito, é certo, por isso que não alcança a personalidade exigida e se torna passível de censura, de culpa e de pena, mas como dá alguma garantia cognitiva (real) de um comportamento pessoa no futuro, o desvio em relação ao papel é transitório, pontual e anulável, mediante a imposição e o cumprimento da pena. (DIAS, 2012, p. 203)

Portanto, da exposição do autor, entendeu-se que, havendo sido concluída essa transição entre um ser criminoso, à indivíduo restaurado, o “status” de pessoa volta a constituir uma característica humana desse sujeito. (DIAS, 2012)

Conclui-se, portanto através da perspectiva de Augusto Dias, que a capacidade de se tornar “pessoa”, dentro da perspectiva de Jakobs é uma realidade múltipla, baseada nas escolhas do agente criminoso. (DIAS, 2012)

5.2 O DIREITO PENAL E A PENA

A pena, nada mais é do que a capacidade postulatória do Estado, de imputar uma consequência à uma infração penal. (BITTENCOURT, 2017) Como vimos anteriormente, o sistema de penas, já foi extremamente cercado por condutas cruéis por parte do Estado, que atualmente não são mais aceitas, e essa conquista se deu através da capacidade postulatória do Estado de punir de maneira mais equidistante, denomina-se essa conduta de *ius puniendi*.

O doutrinador Cezar Bittencourt, ao aduzir na sua doutrina acerca da origem das penas e sua evolução, ressalta o discurso de Muniz Sodré, este ao seu turno enfaticamente remete-se ao trabalho de Cesare Beccaria, tendo em vista o último ter sido o pioneiro a tecer críticas ao sistema punitivo, dispõe Sodré, que Beccaria teve,

A honra inexcusável de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa, que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a maneira iníqua e desumana por que, naqueles tempos de opressão e barbárie, se tratavam os acusados, muitas vezes inocentes e vítimas sempre da ignorância e perversidade dos seus julgadores. (BITTENCOURT apud SODRÉ, 2017, p.619)

Muniz Sodré, complementa que,

ao invés de escutar as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gozos tranquilos de uma existência fidalga, em lugar de manter-se no fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera de ociosa indiferença, ergueu a sua voz, fortalecida por um grande espírito saturado de ideias generosas, em defesa dos mais legítimos direitos dos cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos, desrespeitados e repelidos.” (BITTENCOURT apud SODRÉ, 2017, p.619)

Trazendo a discussão para o sistema punitivo da esfera criminal, este encontra-se inteiramente ligado ao poder de punir, e o delito, à ordem social no qual foi cometido. Foucault em uma de suas obras acerca da punição, retrata que, “todas as disposições legislativas organizam espaços protegidos nos quais

as leis podem ser violadas, outros em que pode ser ignorada e outros, enfim, em que as infrações são puníveis”. (FOUCAULT, 2016, p.87) A esse respeito, Pergoraro (2010) indaga-se acerca do que permite que a lei possa ser, por vezes, violada ou ignorada, e que outras infrações sejam punidas. Perograro, disserta pelo seguinte, a respeito da punição, cita Tomas Hobbes, para explicitar o seu pensamento, e alude pelo seguinte,

“Pode-se punir se (e somente se) se tem poder para isso, o que implica também o poder de não punir. Esse poder de punir deve ser construído, apropriado (Hobbes diz por “instituição” ou por “aquisição” – conquista) e aceito como legítimo pelos cidadãos.” (PERGORARO, 2010, p. 76)

Foucault (2016), defende que a aplicação ou não da pena, pode incorrer através de diversos fatores, entre eles a condição social do autor, ou ainda se o delito cometido sofreu com a repercussão midiática, deve-se também considerar a influência das pessoas envolvidas.

Ainda relatando a perspectiva de Foucault acerca da punição, e da pena no que se relaciona ao Direito Penal, para o autor, a punição será considerada ideal quando, o poder de punir se une às proporções entre crime e castigo. As penas são naturais quando, exista uma ligação óbvia e imediata entre aquele que pune e àquele que será punido. E nas palavras de Foucault,

Fazer funcionar contra ela mesma a força que levou ao delito. Dividir o interesse, servir-se dele para tornar temível a pena. Que o castigo o irrite e o estimule mais do que o erro o encoraja. Se orgulho fez cometer um crime, que seja ferido, que se revolte com a punição. (FOUCAULT, 2016, p. 105)

O autor, em inúmeros dos seus discursos, aponta a punição como uma forma de expressão social complexa, que só é desvendada através de uma matriz de integração, que se dá a partir do estudo geral acerca do que é a justiça penal e sua metodologia punitiva.

Jakobs por sua vez, tece críticas ao Direito Penal e a pena, uma vez que, afirmava que o Direito Penal, não se tratava mais de uma reação social quanto da ocorrência de um fato criminoso, mas, de uma reação voltada para o inimigo, alertava portanto o autor, que não havia outra saída a não ser adotar a ideia do direito penal do inimigo. (MORAES apud JAKOBS, 2011)

5.3 A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

A Prevenção Geral positiva, busca encontrar novas maneiras de admitir a legitimação da pena, e se funda na continuidade das expectativas comportamentais normativas da finalidade da pena, e em forma de crítica a essa Teoria, Alexandre de Moraes (2011), cita Francesco Carrara,

Dizem também os nossos opositores que se escarnece de toda lei moral quando se pretende permanecer firme na ideia de que a base e fim da pena é a justiça ou a reafirmação da ordem jurídica, ou outras semelhantes, mesmo sem outra destinação mais determinada e sustentável do que a subentendida por essas expressões, sendo que, de tais palavras imprecisas e geral nada se pode extrair de útil ao direito penal. Mas, essa reprovação encontra, de nossa parte, antes do mais, peremptória resposta que frequentemente devemos repetir: a de que essa reprovação não nos atinge. (MORAES, apud CARRARA, 2011, 156)

A prevenção Geral Positiva, é entendida por Jakobs, como uma reafirmação dos valores aplicados pelo direito penal enquanto parte do ordenamento jurídico. (MORAES, 2011)

Paulo de Souza Queiroz (2001), citado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes enfatiza que a Teoria da prevenção geral positiva foi inspirada na Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que se justificava através da funcionalidade dentro do direito penal, voltado para o sistema social. (MORAES, 2011)

Nas palavras de Queiroz,

A pena, ou, mais precisamente, a norma penal, apresenta-se como necessidade funcional, ou, ainda, como necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada antes as frustrações que decorrem da violação das normas. Esse novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilidade social de orientação das ações e institucionalização das expectativas. (MORAES apud QUEIROZ, 2011, p. 158-159)

Alexandre Rocha A. de Moraes (2011), explica do que se trata a Teoria criada por Luhmann, e citando Alessandro Baratta, conceitua a teoria como a forma pela qual as expectativas das mais diversas formas são a subsistência da ordem social. E essa interação social, pode sofrer frente à decepções ou conflitos, dessa forma surge a normatização, que protege a interação entre indivíduos, portanto, dessa normatização se extrai o conceito de prevenção, pois

esta assegura a eficácia e validade da norma. Sendo que, nesse interim a pena funciona como a forma de reestabelecer a confiança e amenizar os efeitos negativos que surgem pela prática de ato violador da norma. (MORAES apud BARATTA, 2011)

A crítica a prevenção geral, se respalda principalmente ao fato de que a punição vai ter seus reflexos principalmente à sociedade, do que diretamente aos autores dos fatos criminosos.

A perspectiva de Jakobs a respeito da prevenção geral, legitima os Estados a tutelar os bens jurídicos, que representam interesses para o Estado e a sociedade, a teoria do Direito Penal do Inimigo, propõe que se exija a prevenção geral, produzindo efeitos em todos os cidadãos, e que seja positiva, na busca de não ocasionar a sensação de medo, pois, o que se espera do seio social em que a teoria será aplicada é de mansidão e harmonia, haja vista que a aplicação da pena, ocorreu para que a norma fosse fortalecida. (MORAES, 2011)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, apertados caminhos foram traçados, levou-se a refletir acerca do direito penal, a punição, o porque a punição é exercida e por quem ela é exercida, e por último, visualizou-se também a respeito da Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Jakobs, e sua legitimidade perante o Direito Penal.

O trabalho apresentou, no seu capítulo primeiro, o panorama histórico-compreensivo do que vinha a ser o direito penal do inimigo, sua conceituação do que vem a ser o sujeito criminoso, utilizando como autores base, Francisco Munoz Conde (2012), Cleopas Isaias Santos (2011) e Alexandre Almeida Rocha de Moraes (2011).

Como bem aponta Augusto Silva Dias, “O direito penal do inimigo opera a par, mas desgarrado, do direito penal do cidadão. Trata-se de um direito de emergência, que conserva a forma jurídica e, nessa medida, vincula o Estado, os seus órgãos e funcionários na luta contra o inimigo” (DIAS, 2012, p.204).

Travou-se uma discussão tendo como ponto de partida, o que vinha a ser a legitimidade do Direito Penal, fazendo uma breve introdução sobre o direito penal do inimigo, sua origem, conceito e significado. Defrontou-se com o sistema binário do direito penal, e enfatizando a Teoria criada por Niklas Luhmann, que Günter Jakobs se identificou para desenvolver a Teoria do Direito Penal do Inimigo, e que mais à frente será relembrada para discutir a legalidade do direito penal a partir da perspectiva de Jakobs.

Dando segmento ao Estudo do que vem a ser o Direito Penal no Inimigo, fez-se a diferenciação entre cidadão e inimigo, e a maneira pela qual Jakobs visualizava aqueles que eram considerados os “inimigos” da sociedade, título concedido aos que praticavam infrações, e por este motivo deviam ser punidos, essa pena, teria carácter de harmonizar a sociedade.

Em sequência, foi exposto o pensamento de Franchesco Carnelluti, que direciona o leitor acerca da origem do delito, e do que se trata o objetivo do direito penal, que conforme foi relatado, pode ser visto sobre dois parâmetros, o do direito penal objetivo que é o propriamente dito, e também do direito penal substantivo, que corresponde as valorações e princípios.

Dando continuidade, o capítulo segundo aborda a perspectiva criminal acerca do que é a punição. Esse capítulo em especial, adotou-se a bibliografia de Michael Foucault, que faz uma digressão histórica de como a punição era vista e aplicada pelo Estado nos séculos passados, e como ela se adaptou ao modelo atual que temos hoje, que é sua maioria é a prisão.

Ao analisarmos o histórico do surgimento da punição, vimos que desde o suplício a intervenção estatal deixou de se dar de forma física, e passou a tratar a punição de maneira mais humanizada, buscando ao invés da morte, ou do castigo físico, retirar do infrator o direito básico de ir e vir, em outras palavras, a sua liberdade passou a ser afetada. Reflete-se que apesar de não haver mais a autorização do suplício, ainda verificamos o ardor das penas aplicadas durante o encarceramento, que continuam até os tempos atuais, violando a dignidade humana.

O encarceramento foi estudado, e demonstrou-se que a prisão evoluiu nesse sentido, através da individualização da pena, o que antes, em séculos passados era travado de mesma maneira independente do crime cometido, passou a ser convertido e adaptado caso a caso pelos aplicadores da Lei.

A reclusão passou a ser tida como a melhor opção de cumprimento de pena. Contudo, Foucault, critica o sistema punitivo, pois não acredita que ele leve a reestruturação social e nem a reintegração do ofensor a sociedade, acredita o autor que a reclusão serve apenas para demonstrar que os crimes estão sendo reprimidos, uma forma de o Estado prestar satisfações ao anseio social. E por ser a prisão instrumento de poder, privar um indivíduo da liberdade era de interesse do Estado, pela submissão do corpo.

Mas, não só se limitando ao critério estabelecido pela punição, o capítulo chamado de “fins criminosos” procurou-se explicar o carácter finalístico da pena trazido por Jakobs.

O poder de punir, surgiu muito antes das teorias que regiam o direito penal, tendo em vista que a vingança privada existia e era autorizada por governos autoritários desde o começo dos tempos.

As Teorias que versam sobre a punição, surgem na medida em que, se buscava um tratamento diferenciado para àqueles que levavam sua vida desregrada, através de reiteradas condutas criminosas, que para Jakobs assemelhavam-se a figura do inimigo.

Neste interim, surgem as teorias absolutas, que buscam normatizar a pena e saciar os danos sofridos, e as Teorias Relativas, com vertentes que também são abordadas na pesquisa, a Teoria de prevenção geral e a de Prevenção especial, que tentavam regularizar a normatização voltada ao comportamento social, e a forma pela qual a sociedade via e punia aqueles que eram considerados como infratores.

A prevenção especial, se difere da prevenção geral, por tentar dissolver os conflitos sociais, pautada no comportamento, e na tentativa de excluir o encarceramento em troca de medidas sociais ou medidas de segurança, essas medidas seriam responsáveis por dar uma nova reintegração social ao sujeito infrator.

Apresenta-se com dois polos, um positivo e um negativo, que representavam, a positiva a reintegração do sujeito e a negativa por sua vez, a exclusão deste do seio social.

Essa teoria é amplamente criticada, pois não busca reparar os danos causados, tão somente, preocupa-se com a reintegração ou não do sujeito ao corpo social a que pertencia.

Em um último momento, estudou-se acerca da legitimidade do Direito penal na perspectiva de Jakobs, foi discutido na pesquisa, a centralidade do direito penal do inimigo, intensamente criticado pelo seu criador, que o comparava com o direito penal da normalidade.

Conforme foi relatado, o criador da Teoria do Direito Penal do Inimigo, não visualizava outro caminho senão este para a continuidade do Direito Penal, pois a sociedade só voltaria a seu "*status quo*", a partir da punição do inimigo comum: o inimigo social.

Nesse capítulo retomamos o tema da prevenção geral, retratado no capítulo anterior, contudo dando enfoque a prevenção geral positiva, esta, tem teoria tem por objetivo, legitimar a aplicação da pena.

Jakobs entende a prevenção geral positiva, como ponte de reafirmação dos valores aplicados pelo Direito penal e a capacidade do Estado de controlar o ordenamento jurídico.

Tendo em vista, tudo que foi abordado, constatou-se que o direito Penal do Inimigo não pode ser compatível com o direito penal, pois, apesar da defesa feroz de Jakobs, como aponta Zaffaroni, não podem haver dois tipos de direito

penal. A ciência jurídica que é legitimada para dar ordem as relações humanas não pode atender a uma bilateralidade, e nem o legislador, pode escolher a quem aplicar a lei, e em concordância com Albuquerque (2011) “o Direito Penal do inimigo não é um “Direito”, mas sim um imperioso conceito ilegítimo que impõe regras arbitrárias se valendo do desígnio de defesa da ordem social, para constranger os baldrames do Estado Democrático de Direito.” (ALBUQUERQUE, 2011, p.55)

O Direito Penal do Inimigo, provoca o direito penal a punir não a conduta do inimigo, mas o que de fato ele representa à sociedade, não possui objetivos específicos definidos, e nem a forma que a punição seria conduzida em relação a sujeito que é considerado como “inimigo da sociedade”. Sem considerar em primeiro plano, o bem jurídico lesado, preocupa-se muito mais em atentar pela prevenção geral do inimigo em comum (sociedade – Estado).

Destaca-se que, a perspectiva do direito penal do inimigo, é incompatível com as normas e ordenamentos do Estado Democrático de Direito em que vivemos no Brasil, pois, apresenta divergências com os princípios constitucionais, como podemos citar o direito ao duplo grau de jurisdição e o Direito ao contraditório e à ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O Direito Penal do Inimigo**. 2011. 61 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2011.

BAPTISTA, Ligia Pavan. Guerra e paz na teoria política de Thomas Hobbes. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3ed, 2011, São Paulo. **Proceedings online**. Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais – USP. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000300004&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 10 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 1991.

BRITES, Isabel. A centralidade de Vigiar e Punir. História da Violência nas prisões, obra de Michael Foucault. **Revista Lusófona de Educação**, Brasil, v. 10, n. 10, p.167-184, out. 2007. Trimestral. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao>>. Acesso em: 30 out. 2018.

CABETTE; Eduardo Luiz Santos. LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O direito penal do inimigo. Günther Jakobs** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13581-13582-1-PB.pdf>> Acesso em 15 nov 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **O delito**. São Paulo: Riddel, 2007. 319 p. (Biblioteca Clássica).

FRANÇA, Leandro Ayres et al (Org.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: Grupo de Pesquisas Modernas Tendências do Sistema Criminal, 2011. 318 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. 302 p.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia Científica**. Brasil: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2011. 344 p.

RIO GRANDE DO SUL. Augusto Silva Dias. Ministério Público. Os criminosos são pessoas? Eficácia na Garantia no combate ao crime organizado. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, v. 22, n. 72, p.201-214, maio - agosto 2012. Trimestral.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <www.sielo.br>

SILVA, JMAP; SALLES, LMF., orgs. **Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 182 p. ISBN 978-85- 7983-109-6. **A construção histórica do poder de punir e da política criminal**. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/cbwwq/pdf/silva-9788579831096-04.pdf> > Acesso em 19 out. 2018.

SILVA, Cícera Rosana da; IFADIREÓ, Miguel Melo; ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio de. **O Debate Criminológico e Dogmático sobre a Incidência do Terrorismo no Direito Penal Brasileiro**. Id Online Rev. Mul. Psic., Juazeiro do Norte, v. 12, n. 42, p.561-583, jan. 2018. Disponível em: <<http://idonline.emnuvens.com.br/id>>. Acesso em: 15 nov. 2018.