

# A FORMA E O VALOR DO INIMIGO: UMA CRÍTICA À JAKOBS PELAS PERSPECTIVIAS DE SCHMITT E PACHUKANIS

*Felipe Gomes Mano<sup>1</sup>*

## Resumo

A escolha do presente tema tem como finalidade a análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, de autoria de Gunther Jakobs, desdobramento da corrente juspositivista do Direito, considerando as suas bases teóricas, momento histórico de concepção e objetivos. Com isso, é realizado seu exame crítico, tendo como aportes as teorias jurídicas de Pachukanis e Carl Schmitt. O primeiro, de orientação marxista, aponta ser o Direito uma superestrutura social erigida sobre a infraestrutura do modo de produção capitalista e cunhada sob suas formas atômicas: valor e mercadoria. O segundo, por sua vez, desenvolvendo uma vertente não-juspositiva, enxerga o verdadeiro espírito do Direito na exceção, manifestado pelo poder decisionista do Soberano ou daquele que o detenha no momento adequado. Diante da combinação dessas perspectivas, mostra-se que a figura do inimigo normativamente definido, como concebido por Jakobs, é algo inalcançável, tendo em vista a não possibilidade de esvaziamento do campo jurídico, considerando-o, como leciona Kelsen, uma ciência pura. Para a confecção do trabalho foi utilizada como base metodológica a análise bibliográfica das obras dos autores indicados, de modo a compreender as bases sobre as quais seus pensamentos foram construídos, bem como as suas contradições internas (em especial na teoria ora criticada).

**Palavras-chave:** Positivismo. Direito Penal do Inimigo. Pachukanis. Carl Schmitt. Capitalismo.

<sup>1</sup> Advogado graduado pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Presidente da Comissão de Criminologia e Vitimologia da 80ª Subseção da OAB/SP. Aluno especial no Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro associado do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Membro associado da SEP (Sociedade Brasileira de Economia Política). e-mail: felipegmanoadv@gmail.com

**Abstract**

The choice of this theme aims at the analysis of the Theory of Criminal Law of the Enemy, authored by Gunther Jakobs, unfolding the juspositivist current of law, considering its theoretical bases, historical moment of conception and objectives. With this, its critical examination is carried out, having as contributions the legal theories of Pachukanis and Carl Schmitt. The first, of Marxist orientation, points out that the Law is a social superstructure erected on the infrastructure of the capitalist mode of production and coined in its atomic forms: value and merchandise. The second, in turn, developing a non-juspositive aspect, sees the true spirit of law in the exception, manifested by the decisionist power of the Sovereign or the one that detains him at the appropriate time. Given the combination of these perspectives, it is shown that the figure of the normatively defined enemy, as conceived by Jakobs, is something unattainable, in view of the non-possibility of emptying the legal field, considering it, as Kelsen teaches, a pure science. For the preparation of the work, the bibliographic analysis of the works of the authors indicated was used as a methodological basis, in order to understand the bases on which their thoughts were constructed, as well as their internal contradictions (especially in the theory criticized here).

**Key-words:** Positivism. Enemy's Criminal Law. Pachukanis. Carl Schmitt. Capitalism.

## **Introdução**

A onda positivista iniciada no século XVIII, construída à imagem dos movimentos liberais que explodiam nesse período histórico, consolidou-se no ocidente, influenciando fortemente as formas de leitura do mundo natural e da sociedade. Os procedimentos científicos foram bastante afetados por essa nova perspectiva, que pretendia realizar uma cisão entre o campo das ciências com elementos de ordem metafísica ou religiosa.

O Direito não ficou de fora desta nova sistemática, havendo inúmeros autores que passaram a pensá-lo implementando métodos científicos atuais. Na obra de Hans Kelsen é percebido o ímpeto de se criar uma ciência jurídica totalmente desvinculada de fatores externos ao próprio Direito, fundando-o na norma como a sua forma atomizada<sup>2</sup>. Essa visão pura do Direito tornou-se dominante nos ordenamentos jurídicos do Ocidente, influenciando toda uma gama de pensadores.

Gunther Jakobs foi um dos estudiosos que se debruçou sobre as colaborações do pensamento positivo de Kelsen para desenvolver as suas próprias perspectivas. Influenciado pela obra do sociólogo Niklas Luhmann, Jakobs construiu a sua vertente funcionalista do Direito, observando-o sob o prisma da Teoria dos Sistemas. Diante

<sup>2</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 340-341.

do movimento do século XX e das novas demandas por segurança que insurgiam, Jakobs desenvolveu a sua Teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual configura a evolução de seu funcionalismo sistêmico, adaptado ao novo mundo globalizado, no qual novas modalidades de criminalidade se apresentam com maior frequência, não havendo mais capacidade de sua contenção pelos sistemas jurídicos usuais.

Em sua obra, Jakobs tenta esculpir o inimigo sem lhe dar uma face específica, utilizando-se apenas critérios normativos, alheios a quaisquer princípios que extrapolam as vias da ciência jurídica.

No presente trabalho, pretende-se analisar a Teoria do Direito Penal do Inimigo sob as perspectivas das obras de Evguéni B. Pachukanis e Carl Schmitt, de modo a estabelecer uma reflexão acerca da forma como o inimigo é eleito, individualizado; se há neutralidade neste processo ou existem raízes mais profundas neste processo, tanto na forma como o Direito se estrutura e apresenta, quando nas bases da própria decisão, capazes de orientar a construção e da imagem do inimigo e como se dará o seu combate.

Dessa forma, o cerne da pesquisa é justamente analisar se o processo de escolha do inimigo é previamente orientado, no sentido de já haver condicionamentos prévios à sua figura.

## O positivismo enquanto corrente sociológica

Durante os séculos XVIII e XIX o mundo ocidental presenciou grandes revoluções que resultaram em significativas mudanças na estruturação social. Dessas revoluções advieram o estabelecimento e superação de crises institucionais, bem como inovações quanto ao pensamento científico.

A ascensão da classe burguesa e a fixação do modo de produção capitalista causaram grande impacto na forma como a sociedade passou a se apresentar. O desenvolvimento tecnológico levou às Revoluções Industriais, as quais reconfiguraram a disposição populacional com um intenso fluxo migratório do campo para os centros urbanos. As grandes cidades da época não estavam preparadas para uma rápida inversão da densidade demográfica, tornando-se campo fértil para o incremento da desigualdade social. As fábricas não supriam a demanda por vagas de emprego, o déficit habitacional enorme e a infraestrutura urbana não era capaz de atender às outras necessidades básicas das pessoas, que chegavam em número cada vez maior. Condições deletérias traziam doenças que se espalhavam entre a população, ao mesmo passo em que criminalidade e violência aumentavam exponencialmente. A miséria atingia inclusive aqueles sortudos que conseguiam encontrarem um emprego, tendo em vista que o exército proletário de reserva, em um cenário de ausência de leis trabalhistas, pressionava os salários e qualidade do trabalho para baixo<sup>3</sup>.

3 LONDON, Jack. *O povo do abismo: fome e miséria no coração do império britânico: uma reportagem do início do século XX/* Jack London; introdução e revisão da tradução Maria

Esse contexto de ausência das condições mínimas de vida, instabilidades e incertezas políticas refletiu no desenvolvimento dos pensamentos técnicos e científicos manifestados pelos intelectuais da época, os quais apresentavam enorme confusão diante da gama de eventos que aconteciam em um período tão curto de tempo.

Com o intuito de superar as reiteradas crises, Augusto Comte (1798-1857) idealizou o pensamento positivista, prezando pela secularização e superação da metafísica, com o objetivo de atingir a ordem e a disciplina que haviam sido perdidas. Para explicar a necessidade do pensamento positivo, o filósofo elaborou a *Lei dos Três Estados*, na qual descreve as etapas pelas quais o ser humano passou durante o desenvolvimento da humanidade. O *Estado teológico*, primeiro deles, é o momento histórico no qual o ser humano creditava a deuses e ao sobrenatural a ocorrência dos fenômenos naturais. O segundo deles, o *Estado metafísico*, é o momento em que as respostas eram supostamente alcançadas por concepções abstratas, após o exercício de raciocínios lógicos baseados na racionalidade. No terceiro estágio, o *Estado positivo*, a resolução das causas da natureza se encontrava nela mesma, fortalecendo-se a ideia de que a ciência seria a responsável para se atingir tal finalidade.

Dessa forma, no lugar de concentrar as atenções nos motivos ou propósitos das coisas, o pensamento passou a ser focado no processo, ou seja, no procedimento pelo qual se passaria para se chegar a uma conclusão. Nesse momento ganha força o método científico, baseado na experimentação empírica. Com isso, houve o afastamento de qualquer teologismo ou abstracionismo do pensamento científico, sobrepondo-se o método e o tecnicismo à essas questões. Portanto, para a doutrina positivista, a adoção desse *modus operandi* garantiria a estabilidade e ordem, proporcionando assim o desenvolvimento da sociedade.

## A positivação do Direito

A onda de secularização e afastamento da metafísica também se expandiu para o campo jurídico, em um novo modo de pensar o Direito focado na forma e na técnica em detrimento de seu conteúdo.

Para o positivismo, o Direito é o ente responsável por conferir ordem à sociedade, possuindo nas normas o seu elemento mais intríngue, a sua menor representação<sup>4</sup>. Ou seja, o direito positivo é nada mais do que aquele direito normatizado, posto e imposto pelo Estado como ordem a ser obedecida pelo povo.

O positivismo jurídico se diferencia da corrente que disputava a soberania sobre o Direito à época, o jusnaturalismo. Tal divisão surge já na antiguidade, quando os gregos, apesar de não utilizarem a expressão “positivo”, já concebiam o ideal de um Direito posto e imposto

Sílvia Betti; tradução Hélio Guimarães, Flávio Moura. – São Paulo: Fundação Perseu Abramo: Expressão Popular, 2020. p. 311-323.

<sup>4</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 313-314.

objetivamente, separado do jusnaturalismo. Dessa forma, percebe-se que a concepção de um Direito positivado já existia antes mesmo da criação do positivismo sociológico de Comte, em que pese, após seu surgimento, o positivismo jurídico tenha se aperfeiçoado.

No pensamento clássico já havia a contraposição das convicções acerca do binômio jusnaturalismo/juspositivismo. Segundo Norberto Bobbio:

toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão ‘direito positivo’ é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais<sup>5</sup>.

Esse é, portanto, o giro interpretativo trazido pelo positivismo jurídico. Em seu livro *Ética a Nicômaco*, Aristóteles já aborda a relação entre coisas de origem natural e convencional, sendo essas as que nascem de acordos entre os homens, ou seja, de acordos que sejam realizados entre os membros de um determinado grupo, enquanto aquelas são inerentes à própria condição humana, à sua natureza como ser<sup>6</sup>.

Levando essa discussão para o campo do Direito, verifica-se que o direito natural é aquele ligado à própria humanidade, lastreado em concepções abstratas, associadas a questões morais ou racionais, podendo ser aplicado da mesma forma em qualquer lugar, sendo inerente a própria condição humana. O direito convencional (positivo), por sua vez, apresenta-se como um ajustamento entre os integrantes de um determinado grupo, ou imposto pelo soberano como ordenamento que adequado aos interesses daquela comunidade<sup>7</sup>.

O processo de positivação levou ao afastamento de questões consideradas externas ou influenciadas pelo âmbito moral do campo jurídico, resultando em uma espécie de “neutralização” do Direito. Assim, no positivismo não há preocupação com o conteúdo das normas ou os resultados de sua aplicação, como a noção de justiça por trás de uma decisão, mas unicamente com a sua forma, como a norma será criada e aplicada<sup>8</sup>.

O critério de validade considerado para a norma jurídica é unicamente formal, ou seja, será válida aquela norma que parte de uma autoridade ou órgão estatal competente, seguindo os procedimentos e ritos previstos para tal e que sejam compatíveis com o ordenamento

5 BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**, compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

6 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**/ Aristóteles; tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. – São Paulo: Martin Claret, 2015.

7 BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico...** Op. cit. p. 15.

8 AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 157.

jurídico hierarquicamente superior. Dessa forma, como afirma Hart, a preocupação do pensamento positivo não reside no que o direito efetivamente é, mas sim no que deve ser<sup>9</sup>. Retira-se da interpretação legal as relações de causalidade, onde há um efetivo determinismo entre antecedente e consequente, trazendo para a discussão jurídica as questões de imputação, onde os limites traçados pela norma definem como as condutas humanas devem se dar, afastando as possibilidades de os aplicadores do direito realizarem operações subjetivas ligadas a qualquer ordem moral para a aplicação da lei<sup>10</sup>. Assim, ao aplicar a norma, o jurista o faz unicamente com base em sua forma, e não em sua substância.

Portanto, o positivismo jurídico consiste na tentativa de separação de questões morais da operação do direito, prezando-se pela forma legislativa e a técnica envolta em sua aplicação. Com isso busca-se retirar qualquer juízo vinculado a conceitos subjetivos da operacionalização do Direito. Relacionado à onda positivista sociológica, esse pensamento visou a transformação do Direito em uma ciência pura, com a sua própria lógica dogmática e metodológica, o que proporciona um maior tecnicismo e torna mais precisa a aplicação da norma jurídica.

### **Kelsen e a teoria pura do Direito**

O Século XX foi repleto de eventos históricos que movimentaram a cena política mundial, contribuindo para consideráveis mudanças no panorama social, principalmente no que tange à busca por poder. Os diversos ramos de relação da sociedade foram afetados por movimentos ideológicos, sendo o Direito um dos alvos dessas influências, tendo em vista a sua possível utilização como instrumento dominação.

Diante de todo o contexto social, histórico e cultural que se instaurava, e inspirado pelo cientificismo da época, Kelsen objetivou a criação de uma ciência do Direito, livre de quaisquer ingerências de ordem ideológica, política ou moral, priorizando-se a sua forma em detrimento do conteúdo, assim como o estabelecimento de uma metodologia própria para sua aplicação. Dessa forma, tentava estabelecer um Direito que fosse extemporâneo, não servindo especificamente aos anseios de determinados grupos sociais. Um Direito puro<sup>11</sup>.

Para tanto, Kelsen reduziu o Direito a uma figura que considerava o átomo de todo o sistema jurídico, a norma. Todo o Direito estaria sustentado sobre os pilares da norma jurídica. Influenciado pelo pensamento kantiano, Kelsen distingua a realidade entre o *ser* e o *dever ser*, no primeiro grupo figurando as ciências naturais, que definem como as coisas efetivamente são, enquanto o segundo grupo,

<sup>9</sup> HART, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, vol. 71, 1958. p. 593-629.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico...* Op. cit. p. 131-134.

<sup>11</sup> SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 63.

no qual está inserido o Direito, figuram as ciências que estabelecem como as coisas devem acontecer. A lei da gravidade é um exemplo de regra constante no primeiro grupo, determinando como a realidade é (a força gravitacional atrai tudo para si), enquanto nas ciências da segunda classe encontra-se a norma, a qual estabelece como deve se dar o comportamento de um indivíduo, ou seja, cria expectativas de como será a conduta humana em sociedade.

Porém, Kelsen entendia que a separação total do Direito de qualquer influência era algo impossível de se realizar, e dessa forma acabou elaborando duas figuras explicativas que se operam em momentos diversos no campo jurídico: a jurisprudência normativa e a jurisprudência sociológica.

A jurisprudência normativa consiste na validação do Direito através da análise e conhecimento da norma jurídica, entendida como o único objeto de estudo do jurista. A jurisprudência sociológica, por sua vez, trata da relação de intercâmbio entre o pensamento jurídico e os demais ramos da ciência, como a sociologia, a política, a psicologia, dentre outros, os quais fogem ao estudo único da norma, sempre demandando um exame multidisciplinar<sup>12</sup>. Dessa forma, Kelsen realizou uma cisão entre o que acreditava ser a real ciência jurídica e as questões de valoração do Direito, como a moral, a qual acreditava não fazer parte do campo das questões jurídicas.

Esse corte epistemológico entre jurídico e “não-jurídico” fez com que os estudos do Direito se limitassem à jurisprudência normativa. Para Kelsen, conceitos abstratos ligados ao moralismo, a exemplo das noções de Justiça, existiam apenas no momento de elaboração da norma, ou seja, seria apenas durante o processo legislativo que inquições dessa natureza estariam presentes. Depois do processo de criação da norma, sua validação e aplicação estariam completamente afastadas de quaisquer procedimentos axiológicos. Segundo Kelsen, elementos dessa natureza não seriam capazes de conferir legitimidade ao Direito, o que ocorreria apenas por meio do respeito às formalidades inerentes ao juspositivismo<sup>13</sup>.

Ao abandonar o sobrenatural e o metafísico, Kelsen edificou a sua teoria do Direito consolidando o entendimento de que este seria apenas uma estrutura normativa. A norma jurídica, portanto, não se preocupa com fatores externos, podendo abranger qualquer tipo de conteúdo, estando a sua validação em seu poder de coerção, que nada mais é que o dever de todos os indivíduos submetidos ao seu campo de abrangência de a obedecerem, mesmo que sejam consideradas impróprias ou injustas. Nesse sentido, a justiça, para Kelsen, residia na devida aplicação da norma ao caso concreto, na subsunção de uma conduta à norma e a consequente imputação dos imperativos legais.

Assim, nesta linha, há um comportamento justo quando este se encaixe no determinado pela norma, e da mesma forma, há uma

<sup>12</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 343-344.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 75.

aplicação justa desta norma quando a conduta a que for imputada se inserir adequadamente em suas delimitações. Portanto, o ideário de justiça recai somente sobre a conduta humana, que seja adequada ou não (momento em que se realiza a imputação) à norma. À norma não se destina a valoração sobre a justiça.

Questões axiológicas devem incidir somente sobre os fatos que dão origem às normas e, a partir do momento que estas são criadas e passam a fazer parte do mundo jurídico, nenhum juízo de valor deverá ser realizado sobre si ou sua aplicação<sup>14</sup>. Desse modo, caberá aos olhos do jurista somente uma análise sobre os aspectos formais da norma, sobre o modo como esta será aplicada, se é possível realizar a sua imputação sobre o caso concreto que será observado, considerando apenas elementos como a hierarquia das normas e a sua eficácia<sup>15</sup>.

Conforme a teoria pura do Direito, o ordenamento jurídico não ficaria sujeito a variações morais, éticas e culturais de uma sociedade, que afetariam somente os fatos e valores sociais, mas não as normas sob as quais os indivíduos deveriam adequar as suas condutas. As normas, para Kelsen, deveriam sofrer influências apenas de outras hierarquicamente superiores. O jurista criou um modelo representativo pelo qual indicava a hierarquia existente entre as normas. Na pirâmide de Kelsen encontra-se no topo a constituição, passando, a medida em que se desce pela estrutura, as leis infraconstitucionais, as quais definem os ditames de uma sentença e, no quarto e mais baixo nível, os atos executórios, que se dão pelo ordenamento presente na sentença<sup>16</sup>.

Porém, mesmo diante de toda a objetividade juspositiva, Kelsen acaba caindo em um argumento de certa forma hegeliano. Ao tentar justificar os parâmetros pelos quais a constituição (norma superior da hierarquia) deveria se delinear, qual a sua base de validade, estabelece aquilo que chamou de *norma fundamental*, que seria o fundamento basilar do Direito e do qual se originava qualquer legislação positivada<sup>17</sup>. Ocorre que esta base se encontra justamente no mundo metafísico que tentou afastar, possuindo origem na razão humana, em uma espécie de imperativo categórico que levaria ao consenso acerca das normas constitucionais.

A teoria pura do Direito de Kelsen é uma caricatura de sua época, na qual se buscava aprimorar, por meio de bases científicas, a aplicação técnica nas mais diversas áreas do saber. Ao transformar o Direito em ciência e o reduzir unicamente ao estudo da norma, Kelsen tentou separá-lo de todas as influências externas que o obscureciam e o tornavam ferramenta de manipulação política e ideológica, bem como fonte de grande complexidade social.

<sup>14</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 207.

<sup>15</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito...* Op. cit. p. 198.

<sup>16</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 350-351.

<sup>17</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito...* Op. cit. p. 198.

## **Luhmann e Kelsen, uma complementação explicativa**

Niklas Luhmann foi um sociólogo alemão até certo ponto contemporâneo à Kelsen. Teve como sua grande contribuição a teoria dos sistemas sociais, a qual permite compreender com maior excelência a teoria pura do Direito kelseniana e a sua influência na obra de Gunther Jakobs, ademais porque Luhmann também impactou em seu desenvolvimento acadêmico.

Luhmann buscou desenvolver uma grande teoria da sociedade, a qual teria caráter multidisciplinar em sua base de construção. Para o autor, a sociedade nada mais é do que um grande macrossistema composto por diversos subsistemas, grupo do qual o Direito faz parte, e que se influenciam mutuamente por meio de contínua comunicação<sup>18</sup>. Nesse ponto, emprestando conceitos do campo das ciências biológicas, Luhmann passa a enxergar a sociedade como um organismo que sofre processos de mutação causados pelo constante diálogo com elementos externos e consequente modificação de componentes internos. Assim, o emaranhado de interações entre os subsistemas sociais provoca as mudanças que se externam na evolução social.

A comunicação entre os subsistemas é o ponto chave para a constância do processo de retroalimentação do grande sistema social. Pela visão luhmanniana, comprehende-se os sistemas sociais como fins em si mesmos, visto que operam em constante comunicação, transmitindo e recebendo informações, para que assim possam repetir esse mesmo processo. Portanto, tem-se que os sistemas sociais funcionam em constante troca informativa, o que gera uma gama de dados a serem processados, causando enorme complexidade dentro desses sistemas.

Os sistemas sociais, a exemplo do Direito, se caracterizam por serem cognitivamente abertos e operacionalmente fechados, o que quer dizer que estão sempre abertos para o recebimento e envio de informações (comunicação), mas que, para funcionar, precisam organizar todas as referências que já possuíam e que adquiriram em um padrão próprio<sup>19</sup>. A esse processo de autorreferenciação dá-se o nome de *autopoesis* (do grego “*auto*”, que significa “próprio”, e “*poiesis*”, que significa “criação”).

Os sistemas *autopoieticos*, norteados por um princípio organizador, buscam manter suas estruturas operacionais e ordem interna organizando todas informações que recebem constantemente das interações que realizam com os demais sistemas, as traduzindo em uma linguagem particular<sup>20</sup>. Novamente tomando o Direito como exemplo, o processo autopoietico realizado por esse sistema tem como fim realizar a conversão de toda a comunicação realizada em normas. Ou seja, o Direito é um sistema que se comunica pela linguagem normatizada.

<sup>18</sup> CACICEDO, Patrick; **Pena e Funcionalismo: Uma análise crítica da prevenção geral positiva**; 1. ed.; Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 101.

<sup>19</sup> Idem. p. 102-103.

<sup>20</sup> Idem. p. 104-105.

Recapitulando, os sistemas sociais são *autopoieticos* por natureza. Ao se abrirem cognitivamente, possibilitam o envio e recebimento de informações, o que proporciona o encontro de novos referenciais, mas também aumenta a complexidade interna do sistema. Para que essa complexidade seja reduzida, o processo de *autopoiesis* é realizado, onde todos os dados utilizados são convertidos em uma linguagem própria do sistema, preservando as suas estruturas e gerando uma nova complexidade, que será transmitida para outros sistemas por meio da comunicação.

Nesse ponto encontramos a complementação proveniente do encontro entre a teoria pura do Direito de Kelsen e a teoria dos sistemas luhmanniana. Kelsen desenvolveu um Direito que no momento de sua aplicação não sofre qualquer influência de elementos externos à sua seara, utilizando apenas estruturas de natureza jurídica. Luhmann, por sua vez, se valendo dos conceitos de sistemas e comunicação, observou o Direito como o sistema social responsável por manter a ordem dentro da sociedade<sup>21</sup>, o que faz comunicando-se por uma linguagem própria, estritamente jurídica, a norma, que visa transmitir um sentido natural de sua identidade, como o binômio lícito/ilícito<sup>22</sup>.

A comunicação do Direito com os demais sistemas sociais leva à sua opacidade e difícil operacionalidade, visto a alta complexidade que se fixa. O processo legislativo pode ser colocado neste momento da comunicação, já que vemos inúmeras vezes o legislador buscar a complementação do conhecimento para a criação da norma em outras áreas do saber, e até mesmo em orientações de matizes políticas e até mesmo morais (recordando, conforme Kelsen, é nesse ponto em que deve residir a preocupação em que a norma seja justa), o que eleva a complexidade do sistema. Após o processo de *autopoiesis* do sistema jurídico, o conhecimento adquirido é reorganizado de modo a se expressar na forma de norma.

A norma é considerada por Kelsen como o átomo do Direito, a maneira como a vontade do legislador (e teoricamente, num sistema de democracia representativa, a vontade do povo) se manifesta pela aplicação técnica desta estrutura jurídica pelo juiz. Desse modo, ao decidir uma demanda, o magistrado estaria diante de um direito puro, já limpo pelo processo de organização estrutural do sistema, representado pela norma. O juiz, então, precisará apenas prezar pela forma normativa, o que se dará pela operação realizada sem qualquer juízo de valor ou utilização de outros ramos do saber para fundamentar a sua decisão. O seu julgamento será balizado na orientação definida pela norma, ou seja, estará de acordo com o “*dever ser*” estipulado pela lei, não se destinando ao juiz entender se esta será justa ou não.

Portanto, na relação Kelsen-Luhmann o processo legislativo está inserido no momento em que o sistema jurídico realiza a sua

<sup>21</sup> DA SILVA, Artur Stamford. **Niklas Luhmann: 20 anos do societate da sociedade. O lugar do ao mesmo tempo na teoria do direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 10, n. 1, p. 27-40, 2018.

<sup>22</sup> CACICEDO, Patrick; **Pena e Funcionalismo...** Op. cit. p. 109.

comunicação com os demais sistemas sociais, enquanto a sua aplicação, o momento operativo, ocorrerá após a *autopoiesis* do sistema, quando o Direito já estiver “purificado”. Essa compreensão conferiu grandes aportes para o pensamento teórico-filosófico de Gunther Jakobs.

### **Expectativas e comunicação normativa: o funcionalismo sistêmico de Jakobs**

Jakobs, assim como Luhmann e Kelsen, coloca o Direito como ente responsável pela garantia de estabilidade social, orientando o comportamento dos indivíduos conforme os objetivos traçados para aquela sociedade. Combinando as teses da teoria pura do Direito e da teoria dos sistemas sociais, Jakobs concebeu a sua perspectiva funcional-sistêmica acerca do Direito. Sob este parâmetro, a função do sistema jurídico é a de garantia da ordem social, realizada a partir da comunicação com os demais subsistemas sob os seus próprios referenciais, unicamente jurídicos<sup>23</sup>.

Ao estabelecer através das normas as condutas que sejam socialmente aceitáveis, o Direito arquiteta padrões comportamentais que serão repetidos pelos indivíduos. Por exemplo, pela letra do artigo 121, do Código Penal, há implicitamente presente o mandamento negativo “não matar”, o qual orienta o comportamento das pessoas no sentido de não tirar a vida de outrem. A existência de tais imperativos, corroborada pelo seu constante cumprimento, faz nascer na sociedade as expectativas de que a norma e suas orientações serão cumpridas<sup>24</sup>. Ainda de acordo com o exemplo levantado, é a expectativa de que quando saímos na rua ninguém tente nos matar, a crença de que a norma será cumprida.

Dessa forma, Jakobs propõe que a função da norma nada mais é que garantir a *autopoiesis* do sistema jurídico, o que se dá pela manutenção das expectativas que elas mesmas criam. Ou seja, a finalidade do Direito é zelar pela validade da norma<sup>25</sup>. A norma é o bem jurídico-penal, e é ela quem deve ser protegida em primeira instância pelo Direito, sendo os bens jurídicos por ela tutelados meros elementos resguardados mediamente<sup>26</sup>.

O cometimento de um crime consiste na quebra da norma penal. Em uma sociedade que opera de forma adequada, espera-se que os indivíduos acreditem no sistema normativo, e consequentemente o respeitem. Sendo assim, a violação à norma nada mais é que a negação de sua validade pelo agente infrator. Invocando a comunicação

23 KELSEN, Hans; *Teoria pura do direito...* p. 06.

24 DINIZ, Eduardo Saad; *Inimigo e pessoa no direito penal*; São Paulo: LiberArs, 2012, p. 63.

25 Idem. p. 62-63.

26 GUERRERO, Ramiro Anzit; *A base ideológica do Direito Penal do inimigo (Gunter Jakobs): sociedade de risco e seus efeitos no Estado Democrático de Direito*; Revista Esmat, Palmas; Ano 5, nº 5, p. 191-217 – jan/jun 2013, p. 205.

característica dos sistemas sociais, tem-se que o fato delituoso informa à sociedade que a norma violada perdeu sua validade, causando a desestabilização de uma ou algumas estruturas do sistema jurídico.

Nesse sentido, a operação do Direito Penal por meio da aplicação da norma ao agente infrator se trata de uma reação contrafática que se propõe a comunicar à sociedade que a norma outrora violada ainda é válida, reafirmando seu poder de coerção e capacidade sancionadora, o que proporciona a manutenção das expectativas normativas nos demais indivíduos<sup>27</sup>.

A proteção dos bens jurídicos advém dessa operação, visto que uma vez que a norma atua no sentido de reafirmar a sua vigência, as pessoas irão manter o comportamento conforme o ordenamento jurídico, continuando com suas expectativas sobre o comportamento alheio, o qual sempre se esperará estar de acordo com aquilo que seja determinado legalmente. Portanto, a reação contrafática do Direito com relação à conduta ilícita realiza uma comunicação simbólica do sentido da norma aos indivíduos que façam parte daquela sociedade<sup>28</sup>. O objetivo desse procedimento é demonstrar que, apesar de infringida, a norma penal ainda possui validade e está pronta para ser aplicada aos casos concretos. A isso dá-se o nome de prevenção geral positiva<sup>29</sup>.

No desenrolar de relações sociais, estabelece-se aquilo que se chama de dupla contingência, representada pela criação de expectativas sobre as expectativas. Os personagens sociais não possuem expectativas somente no sentido de que seus pares ajam conforme as leis, mas também acreditam que estes possuem expectativas sobre seus próprios comportamentos. Dessa forma, recaem sobre as pessoas um duplo grau de expectativas, um primeiro sobre seu comportamento, e um segundo nível que atinge as suas expectativas (uma espécie de expectativa recíproca)<sup>30</sup>.

O ponto para compreender o funcionalismo sistêmico de Jakobs é que ele estabelece o Direito como sistema destinado a buscar a ordem social pela criação e manutenção de expectativas, o que ocorre pela conservação da validade da norma. A quebra da norma é a quebra de uma expectativa, que consequentemente insere a sociedade em um estado de colapso, retratado pela desestabilização das relações interindividuais e aumento da complexidade<sup>31</sup>. O Direito é responsável pela *autopoiesis* do sistema social, o reorganizando e diminuindo sua complexidade.

Ocorre que para sua correta operação, a teoria funcional-sistêmica de Jakobs estabelece como pressuposto que o duplo grau de expectativas possa ser recuperado pela aplicação contrafática da norma. Assim, se a ocorrência de um crime afeta um dos níveis de expectativas, a imposição

27 DINIZ, Eduardo Saad; **Inimigo e pessoa...** Op. cit., p. 64.

28 Idem. p. 70-71.

29 CACICEDO, Patrick; **Pena e Funcionalismo...**, Op. cit., p. 73.

30 Idem. p. 110.

31 DINIZ, Eduardo Saad; **Inimigo e pessoa...** Op. cit., p. 73-74.

coercitiva da norma tende a recuperar este duplo grau pela comunicação da validade normativa, retomando a estabilidade social. Porém, e se diante do comportamento de um indivíduo ou grupo ocorrer a perda de ambos os níveis de expectativas, de modo a não existir mais qualquer possibilidade de perspectiva sobre sua conduta, principalmente sobre condutas em conformidade com imperativos legais? Seria possível recuperar qualquer das expectativas nesse tipo de situação?

O novo contexto mundial que se desenhou no final do século XX trouxe estes e vários outros questionamentos envolvendo segurança e estabilidade social, bem como quais rumos as relações humanas poderiam tomar, fazendo com que Jakobs levasse sua teoria do Direito às últimas consequências.

### **A nova ordem mundial e segurança**

O século XX foi marcado pela ocorrência de várias guerras e revoluções, as quais modificaram o modo com que as interações humanas aconteciam, bem como alteraram o contexto global. O mundo experimentou o avanço do processo de globalização, as novas tecnologias modificaram consideravelmente as noções de tempo e espaço, diminuindo as distâncias físicas e acelerando as interações, proporcionando grandes mudanças nas estruturas sociais<sup>32</sup>. Da mesma forma, o trabalho do homem passou a ser facilitado e até mesmo substituído pela mecanização das fábricas. O maior intercâmbio entre diferentes povos estabeleceu níveis jamais vistos de intercâmbios de informações e culturas<sup>33</sup>. As bases sólidas do Estado Moderno foram abaladas, assim como as identidades firmadas e enraizadas por anos já não mais possuíam a mesma representação.

Agravando esse cenário de incertezas nos mais diversos setores da vida cotidiana, acontecia também com grande intensidade uma corrida hegemônica, reflexo do conflito mundial que se encerrara em 1945, a Guerra Fria. A disputa entre Estados Unidos e União Soviética pelo controle e influência sobre o maior número de territórios possíveis, sob uma constante ameaça mútua de ataques bélicos, fazia pairar na população mundial um constante sentimento de medo, o temor de que os eventos que se deram no fim da Segunda Guerra Mundial, como os bombardeios que recaíram sobre as cidades de Wurzburg<sup>34</sup>,

32 Ver: GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*/ Anthony Giddens: tradução Álvaro Cabral. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 129-136.

33 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução, Carlos Alberto Medeiros; Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 127.

34 O bombardeio de Wurzburg foi um ataque realizado no dia 16 de março de 1945 pela Real Força Aérea britânica (REF, pela sigla em inglês), entre 21h20 e 21h37. Mesmo em tão pouco tempo 225 Lancasters e 11 Mosquitos bombardearam a cidade com 289 toneladas de explosivos e 573 toneladas de bombas incendiárias. A cidade que contava com 107 mil habitantes perdeu cerca de 5 mil pessoas durante o bombardeio, além de ter 21 mil moradias destruídas. Tamanha foi a destruição que somente cerca de 6 mil habitantes puderam continuar residindo na cidade após o ataque. Nessa data a Alemanha já se encontrava rendida perante os Aliados e, corroborado a

na Alemanha, e Hiroshima e Nagasaki, no Japão, pudessem se repetir em maior escala.

No ano de 1989, com a queda do Muro de Berlim, deu-se o fim da Paz Armada entre estadunidenses e soviéticos. O fim do bloco soviético simbolizou o início de uma nova ordem mundial, na qual o sistema capitalista se postaria como hegemônico, sem rivais, sob a liderança dos Estados Unidos<sup>35</sup>. Embora a União Soviética não existisse mais, os rastros deixados pela disputa entre comunismo e capitalismo permaneceram, e inúmeros conflitos dela decorrentes perduraram por anos por todo o mundo. Os reflexos desse contexto político e social foram profundos na população, a qual passou a se questionar sobre os rumos que seriam tomados a partir de então. A desestabilização das estruturas da sociedade fazia com que as pessoas se sentissem inseguras, temendo todo e qualquer tipo de coisa que lhes soasse como nova ou diferente<sup>36</sup>. O medo do incomum marca a busca pela ordem que refletiu a década de 1990 em todo o mundo, que se caracterizava pela tentativa de antecipar perigos e assim os evitar, a exemplo da nova modalidade de ataque que ganhava expressividade, o terrorismo.

No fim dos anos 1990, durante um congresso com a temática “desafios da ciência do direito penal frente ao futuro”, Jakobs apresentou ao mundo sua teoria do Direito Penal do Inimigo. Com essa nova forma de pensar, buscava estabelecer um modelo penal que fosse mais duro, atendendo às demandas por segurança que se renovavam.

A gama de informações proporcionada pelo novo mundo globalizado aumentava consideravelmente a complexidade, dificultando a *autopoiesis* do sistema social, e consequentemente minando as expectativas concreta que poderiam ser construídas sobre os demais indivíduos. A missão a qual Jakobs se propôs a concluir quando desenvolveu a sua teoria, foi criar um modelo penal que realizasse a proteção das estruturas e instituições sociais diante do choque cultural que colocava em pane os sistemas estabelecidos.

A ausência de expectativas sobre o comportamento do outro reflete diretamente na proteção conferida ao e pelo sistema normativo, visto que a incerteza sobre quais condutas poderão ser praticadas por um indivíduo ou grupo de indivíduos traz um colapso funcional à

isso, a cidade de Wuzburg não era um polo industrial que poderia alimentar o exército alemão, bem como não servia de refúgio militar. Assim, o ataque infundado que recaiu sobre a cidade foi considerado um mero meio de testar os novos armamentos que haviam sido produzidos, de modo a verificar se os investimentos realizados em arsenal bélico estavam alcançando os objetivos (BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros; Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 121-122).

35 Mark Fisher trabalha perfeitamente este momento da história, no qual o modelo neoliberal ocidental, capitaneado por Estados Unidos e Reino Unido, foi colocado como a única alternativa possível para o mundo. Em seu livro O realismo capitalista afirma: “Os anos 1980 foram o período no qual o realismo capitalista se estabeleceu, com muita luta, e criou raízes. Foi a época em que a doutrina de Margaret Thatcher de que ‘não há alternativa’ – um slogan tão sucinto para o realismo capitalista quanto se poderia querer – se transformou em uma profecia autorrealizável brutal” (2020, p. 17).

36 BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido...** Op. cit. p. 128.

norma, que poderá ser constantemente violada ou não conferir a devida segurança social sobre comportamentos que até então eram desconhecidos, e por isso não abordados pelo sistema jurídico<sup>37</sup>.

Dessa forma, Jakobs acabou incrementando a sua vertente funcionalista, estabelecendo uma nova forma de observar o Direito Penal, fundada no medo, ou, tecnicamente falando, na grande complexidade e ausência de expectativas.

### **A filosofia por trás do inimigo e a teoria em si**

Como afirmado anteriormente, as interações sociais criam um duplo grau de expectativas que, mesmo diante de eventual quebra de algum de seus níveis, é mantido pela comunicação simbólica realizada pela ação contrafática da norma penal, mantendo assim a estabilidade das estruturas do sistema jurídico. Ao conceber sua teoria do inimigo, Jakobs leva a quebra de expectativas a níveis extremos, tentando estabelecer um modelo de direito que enfrente uma dupla quebra das expectativas.

A essa dupla quebra de expectativas se dá o nome de perda das *expectativas cognitivas*. As expectativas cognitivas implicam diretamente na noção que o indivíduo possui em relação a realidade na qual está inserido, indo muito além da delinearção do comportamento adequado em sociedade. A frustração desse tipo de expectativa traz ao sujeito a necessidade de se readaptar diante do cenário estabelecido<sup>38</sup>. Assim, um indivíduo que comete um delito isolado, quebrando meras expectativas normativas, terá na aplicação/comunicação da norma penal a correção dos abalos que causou<sup>39</sup>. Porém, ao nos depararmos com uma pessoa ou grupo que venha a violar o sistema normativo reiteradamente, de forma habitual, não há como criar qualquer sorte de expectativas normativas, visto que se estará diante de alguém/conjunto que “abdicou do Direito”. Portanto, na presença de um indivíduo ou grupo que atenda a este perfil não há como expectar qualquer espécie de comportamento, principalmente aqueles que sigam os ditames legais. Toda conduta que praticar será considerada causadora de grande risco ao sistema social<sup>40</sup>.

Dessa forma, o inimigo para Jakobs seria o indivíduo cujo a mera presença represente uma insegurança cognitiva. Assim, torna-se necessária uma abordagem distinta, no intuito de inocuir o delinquente (ou potencial delinquente) para que assim seja garantida a estabilidade das estruturas sociais em meio a uma sociedade de risco<sup>41</sup>.

37 GUERRERO, Ramiro Anzit; *A base ideológica do Direito Penal do inimigo...* Op. cit., p. 196-197.

38 CACICEDO, Patrick; *Pena e Funcionalismo...* Op. cit. p. 111.

39 DINIZ, Eduardo Saad; *Inimigo e pessoa...* Op. cit., p. 75-76.

40 GUERRERO, Ramiro Anzit; *A base ideológica do Direito Penal do inimigo...* Op. cit., p. 198-199.

41 OLAECHEA, URQUIZO; DE SAN MARCOS, Mayor. Derecho penal del enemigo. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusion, a cura di CANCIO MELIÀ-GÓMEZ-JARA DIÉZ,*

Para a construção de seu inimigo normativo, Jakobs busca na filosofia, mais precisamente no construtualismo iluminista, os critérios pelos quais constrói a sua diferenciação entre inimigo e não-inimigo.

Nas obras de Rousseau e Fichte encontra-se a visão do inimigo como alguém que, no momento em que decide delinquir, larga o contrato social ao qual havia se filiado perante o Estado, o que leva a sua desvinculação em relação ao sistema jurídico, e consequentemente, a perda de seus direitos<sup>42</sup>. Para ambos os autores, possuir direitos é condição indispensável para que alguém possa ser considerado cidadão em uma sociedade. Assim, ao perder os e ser afastado da sociedade, o indivíduo deixa de ser um cidadão, passando a ser visto como inimigo, devendo, portanto, ser combatido<sup>43</sup>.

A problemática em torno dessa visão, é que todo sujeito violador da lei deverá ser considerado inimigo. Sendo assim, em um sistema social guiado unicamente por essa perspectiva não é possível se vislumbrar a restauração de expectativas normativas, uma vez que no momento em que há a quebra da norma, concomitantemente se chega à quebra das expectativas cognitivas.

Em Hobbes há uma forte defesa das instituições estatais, com uma enorme crença na força do Estado e na concentração desse poder nas mãos de um Soberano. Para ele, diferentemente dos anteriores, não era possível para uma pessoa se autocolocar na condição de inimigo. Ao cometer um crime, o delinquente permanece inserido no sistema jurídico da sociedade<sup>44</sup>. Movido pelo seu pensamento institucionalista, Hobbes acredita que a perda da condição de cidadão somente poderia ocorrer caso fosse praticada uma conduta contra as fundações do Estado, ou lesa majestade, causando uma ameaça concreta às estruturas institucionais, uma afronta à soberania do governante<sup>45</sup>.

A penalização desse inimigo hobbesiano não poderia ser vista como um castigo penal, mas sim como um ato de hostilidade do Estado, pois o indivíduo sobre o qual recai a ação hostil não mais está submetido à lei no momento em que há a reação estatal<sup>46</sup>. Realiza-se um verdadeiro extermínio de um foco de ameaça.

Por fim, Kant estabeleceu o inimigo como os grupos de indivíduos que vivem em torno do Estado e não aceitam viver de acordo com sua constituição cidadã. São sujeitos que vivem em estado de natureza, de forma anárquica e se recusando a aceitar a incorporação das

v. 2, 2006.

42 ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778, *O Contrato Social*. Op. cit., p. 21-22.

43 JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio; *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli; 6. ed.; 3. tir.; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 24-25.

44 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 125.

45 JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio; *Direito Penal do inimigo...*, Op. cit., p. 26.

46 OLAECHEA, URQUIZO; DE SAN MARCOS, Mayor. *Derecho penal del enemigo...* Op. cit.

regras do ordenamento jurídico estatal para sua comunidade<sup>47</sup>. Essa negativa representa um perigo à organização estatal, nascendo daí a legitimidade para impor à força seu aparto jurídico e estatal, e em caso de resistência, proceder a expulsão dos indivíduos daquela região ou realizar seu extermínio<sup>48</sup>.

Tanto em Hobbes quanto em Kant, pode-se verificar duas formas de trato com relação ao indivíduo produtor de risco: uma primeira dentro dos parâmetros legais, punindo o criminoso conforme o sistema normativo ou ofertando o respaldo legal; e uma segunda em que não há obediência aos limites legais, utilizando-se de modo desmedido e atroz, uma política belicista. Mas o cerne da diferença entre ambas reside na atribuição do *status* de pessoa para o indivíduo. Enquanto a primeira, conforme a lei, mantém no indivíduo a identidade de pessoa, a segunda a retira, inserindo assim uma imagem antagônica, de não-pessoa, um não-cidadão ou, ainda, o inimigo.

A substituição do mero binômio lícito/ilícito por pessoa/não-pessoa ou cidadão/não-cidadão, orienta a teoria de Jakobs. A condição de pessoa é adquirida pelos indivíduos que correspondam às expectativas cognitivas, o que se dá quando assumem para si os deveres inerentes à participação na sociedade, e não meramente pelos direitos que adquirem no momento em que a integram. Ou seja, o sujeito assume a condição de pessoa ou cidadão quando passa a transmitir expectativas. Do contrário, deve recair sobre ele ações visando a sua inocuização, uma vez que não transmite segurança social<sup>49</sup>.

Foi com base nesses conhecimentos que Jakobs construiu o seu direito penal do inimigo. Em sua obra, o inimigo seria um indivíduo a princípio sem rosto, definido apenas com base em critérios normativos. Para que alguém se tornasse um inimigo pela acepção de Jakobs, teria que causar, em decorrência de suas ações ou mera condição ontológica, abalo suficiente no sistema social de forma que não pudessem ser criadas expectativas sobre si.

Assim, tem-se o estabelecimento de dois direitos penais distintos: um que se preocupa em penalizar as infrações praticadas por cidadãos, caracterizado por ser um direito penal factual, que julga condutas efetivamente praticadas em tempo pretérito; e outro, o direito penal do inimigo, ou do não-cidadão, que, por sua vez, tem por marca a prospecção, valendo-se de uma suposta periculosidade em potencial do indivíduo. Nesse modelo, há uma presunção de que o sujeito possa vir a cometer ilícitos, e por essa razão deve ser combatido antes que os pratique.

Com isso, Jakobs buscou a *autopoiesis* dos sistemas sociais em um período histórico marcado pelo constante incremento da complexidade informativa. O efeito da globalização sobre a capacidade de

<sup>47</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um projeto filosófico.** Tradutor: Artur Morão. Colecção: Textos Clássicos de Filosofia. Direcção da Colecção: José Rosa & Artur Morão. Design de Capa: António Rodrigues Tomé. Paginação: José Rosa. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2008. p. 30-31.

<sup>48</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo...,** Op. cit., p. 27.

<sup>49</sup> DINIZ, Eduardo Saad; **Inimigo e pessoa...** Op. cit., p. 141-142.

uma sociedade e seus sistema de se auto organizarem é considerável, visto que a ininterrupta comunicação e renovação tornam as relações humanas mais complexas e dinâmicas, sendo construídas, destruídas e reconstruídas. O processo de mudança visto nesse período pode ser descrito assim como fora aquele ocorrido durante as Revoluções Industriais por Marx e Engels:

Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de ideias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se consolidarem. Tudo o que era sólido e estável se desmancha no ar, tudo o que era sagrado é profanado e os homens são finalmente obrigados a encarar sem ilusões a sua posição social e as suas relações com os outros homens<sup>50</sup>.

O gradativo aumento da complexidade causa insegurança nas pessoas, que passam a enxergar riscos por todas as partes. Neste cenário em que os indivíduos se tornam mais complexos, aumentando a contingencialidade das relações, tornam-se também grandes fontes de insegurança, cada qual a seu nível. Portanto, no modelo atual de sociedade, onde o grande dinamismo das relações é a regra, o volume de indivíduos que venham a quebrar expectativas cognitivas apenas tende a aumentar.

Com isso, o direito penal do inimigo se torna uma âncora em meio a todo o alvoroço que permeia o mundo globalizado, um meio de garantir a estabilidade ante a dificuldade de adaptação às constantes alterações que geram tanto medo e incerteza. A renovação das relações sociais acontece em todos os campos possíveis, inclusive o do crime. O novo criminoso globalizado, enxergado como um estranho, um estrangeiro, é a fonte de frustração das expectativas cognitivas, pois não atende aos interesses sociais, e por isso acaba sendo o alvo da atuação anti-inimigo<sup>51</sup>.

É nessa insegurança cognitiva, geradora de uma sociedade de risco que Jakobs estabelece o laboratório para sua teoria. Tal abordagem jurídico-penal se destina ao tratamento de criminosos que, ao invés de apenas atentar contra o sistema normativo, acabam fulminando a estabilidade das estruturas sociais. Essa perspectiva de grande instabilidade, que se inicia com a queda do Muro de Berlim, atinge seu ápice com os atentados terroristas de 11 de setembro, fazendo com que grande parte da sociedade passasse a reivindicar uma abordagem diferente com relação a este novo tipo de criminalidade que se instaurava, fundada no terror e em ações imprevisíveis<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> MARX, Karl, 1818-1883. **Manifesto comunista**/ Karl Marx e Friedrich Engels; organização e introdução Osvaldo Coggiola; [tradução do Manifesto Álvaro Pina e Ivana Jinkings]. – 1. ed. revista – São Paulo: Boitempo, 2010. p. 43.

<sup>51</sup> CACICEDO, Patrick; **Pena e Funcionalismo...** Op. cit. p. 133-134.

<sup>52</sup> HABERMAS, Jurgen; **O ocidente dividido: pequenos escritos políticos X**; Tradução Bianca Tavolar. – I ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2016, p. 25-29.

Jakobs tentou criar um modelo penal antecipador das condutas criminosas, analisando o indivíduo não pelo que ele efetivamente fez, mas sim pelo que pode vir a fazer, sendo considerado inimigo unicamente por um caráter ôntico, ou seja, pela sua pessoa<sup>53</sup>. Valendo-se de elementos técnicos, Jakobs tenta criar um inimigo sem rosto, alguém que somente seria declarado rival da sociedade caso não correspondesse cognitivamente. Porém, a prática desta teoria, guiada pela materialidade das relações sociais, mostra um desdobrar totalmente diferente. O caráter extremamente veloz desse ramo do direito, como leciona Jesús-Maria Sánchez<sup>54</sup>, e o grande expansionismo penal causam preocupação, pois não há como saber até que ponto um Direito Penal tão abrangente pode ser utilizado sem produzir resultados nocivos à sociedade<sup>55</sup>.

O Direito, e a prática jurídica em si, estão atrelados à vida política, funcionando como instrumentos para a manutenção ou imposição de modelos e ordens específicos. Desse modo, o conceito abstrato de inimigo cunhado por Jakobs perde espaço, uma vez que a sua definição ficará sujeita aos interesses de quem possua o poder para tal.

É inimaginável que se desvincule a eleição de inimigos do campo da política ou de qualquer outra influência. O próprio processo legislativo trata-se de um procedimento político, e sendo as normas estatais definidas por um processo político, pode-se compreender que o indivíduo que infrinja tais estruturas e viole as expectativas cognitivas por elas firmadas para a sociedade, estará atentando contra instituições políticas, e consequentemente, irá se tornar um inimigo político<sup>56</sup>.

Seguindo a máxima de Aristóteles de que *o homem é um animal político*, verifica-se que o inimigo sempre possuirá uma máscara previamente colocada que atenderá aos mais diversos interesses, sejam eles determinados pela política, pela religião, pela moral ou, com será analisado a seguir, pelo capital.

53 ZAFFARONI, Eugenio Raul; **O inimigo no Direito Penal**; Op. cit., p. 99-100.

54 Conceitos desenvolvidos pelo professor Jesús-Maria Sánchez, as três velocidades do Direito Penal representam as características e o modo de atuação desse ramo do direito frente a diferentes situações. A primeira velocidade é aplicada contra crimes mais graves, atingindo o infrator com penas privativas de liberdade, respeitando-se prerrogativas processuais e direitos fundamentais; A segunda velocidade aborda crimes de menor potencial lesivo, relativizando e flexibilizando direitos e garantias fundamentais, sendo aplicada quando os crimes não cominem penas privativas de liberdade ou culminem em penas alternativas; A terceira velocidade, por sua vez, visa a rápida punição do infrator e, para isso, afasta quaisquer direitos e garantias que o indivíduo possa ter, antecipando a sua punição antes mesmo que o fato seja praticado, se valendo unicamente da potencial periculosidade do agente, configurando um Direito Penal do autor. A terceira velocidade do Direito Penal se caracteriza pela utilização exacerbada de medidas de segurança e outros meios de inoculação (JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo...** Op. cit., p. 91-92).

55 CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

56 SCHECAIRA, Sérgio Salomão – **Criminologia** – 6ª ed. rev. r atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 284-285.

## **O esvaziamento do político: pensar o inimigo sob a teoria política de Carl Schmitt**

Carl Schmitt foi um importante teórico político e jurista do pensamento contemporâneo, destacando-se de seus pares que à época primavam pelo juspositivismo. Para Schmitt, o ponto central para a compreensão do direito estava na exceção, na possibilidade de que a autoridade detentora do poder de decidir o faça em contrariedade com o estrito cumprimento da norma<sup>57</sup>. Assim, a ordem, e consequentemente o direito, são protegidos pela autoridade do Soberano, o qual, com seu poder de decisão, retoma a estabilidade social por meio do avanço sobre a norma jurídica.

Para compreender melhor como ocorrem as manifestações decisivas na exceção, faz-se necessário entender dois conceitos centrais no pensamento schmittiano: o político e a política. O campo do político se trata de uma concepção abstrata do espaço em que ocorrem todas as relações sociais, sejam elas de cunho econômico, gerenciamento governamental, religiosas etc., tanto na esfera pública quanto na privada. A política, por sua vez, é a capacidade do Estado de gerir tais relações, de mantê-las em conformidade com suas orientações, com seus programas<sup>58</sup>. Ou seja, o campo do político é o palco no qual se desenvolve a atividade política.

Schmitt entende como característica inerente ao político a existência de conflitos de interesses, os quais decorrem da grande quantidade de relações existentes em seu interior. Sendo assim, havendo uma complexidade (para manter o conceito luhmanniano) de informações, as quais constituem diversos interesses, muitos deles conflitantes, o embate entre os indivíduos é inevitável. E é justamente nesse cenário de oposição entre sujeitos que emerge outra noção fundamental para a obra de Schmitt, o binômio amigo/inimigo.

Nesse sentido, a distinção entre amigo e inimigo é intrínseca à vida social e elemento substancial do político. Essa diferenciação possui sua fonte na pluralidade social, a qual, ao contribuir para a complexidade dos sistemas, leva ao entendimento de que somente sociedades com alto nível de homogeneidade estariam isentas da oposição entre inimigos. Ao Estado, ente organizador da vida política e da ordem social, caberá reduzir os níveis de complexidade pela eliminação da pluralidade, tarefa realizada pela gerência política dos conflitos, processo que, caso necessário, será levado às últimas consequências, saindo dos limites estabelecido pela norma e adentrando no espaço da exceção, a qual poderá, caso necessário, levar à destruição ontológica/exterminio do inimigo<sup>59</sup>.

57 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 414.

58 GUERRA, Elizabete Olinda; Carl Schmitt e Hannah Arendt: olhares críticos sobre a política na modernidade; São Paulo, SP: LiberArs, 2013. p. 27-29.

59 ZAFFARONI, Eugenio Raul; *O inimigo no Direito Penal*; Op. cit., p. 136-137.

Portanto, sendo o Estado responsável por administrar os níveis de intensidade dos conflitos, reside nele o poder de estabelecer quando será decretado o estado de exceção. Nesse sentido, entende Schmitt que o melhor modelo político para a gestão esse tipo de gestão social seria aquele que centralizasse nas mãos de um único indivíduo o poder para a tomada de decisão. Assim, a entrada no estado de exceção estaria condicionada ao decisionismo do Soberano, figura que em sua obra sempre possuirá o poder imperativo/coativo do Estado<sup>60</sup>. Sua formação de base católica influenciou consideravelmente na formulação de sua teoria política, assim como nas escolhas por ele realizadas ao longo de sua vida. Nesse sentido ensina o professor Alysson Mascaro:

Sua proposta jusfilosófica, em algum momento e de algum modo, coadunou-se com os objetivos do nazismo. Sua participação no movimento hitleriano, ainda que tortuosa, deu mostras dessa grande afinidade. No entanto, Carl Schmitt busca lastrear suas posições teóricas em uma longa tradição que vai desde Hobbes até os pensadores reacionários do século XIX. Há muito de teologia católica em Schmitt. Sua própria formação religiosa, minoritária num ambiente religioso acentuadamente protestante, dá mostras de sua arraigada inspiração católica. Para Schmitt, tal qual o Papa é a sede da decisão soberana para a Igreja, o Führer protege o direito<sup>61</sup>.

Diante dessa concepção a eleição de inimigos obrigatoriamente passará por uma decisão proferida pelo Soberano. Dessa forma, o inimigo sempre possuirá matiz política, tendo em vista que será definido pelas divergências e disputas apresentadas no campo do político; pela sua oposição em relação ao Soberano em específico, ou ao conjunto que represente. O poder Soberano inclusive possui origem no conflito, uma vez que as relações de poder podem ser reduzidas a imposição de um indivíduo ou coletividade sobre outro indivíduo ou coletividade. Assim, a ideia de disputa que está intimamente atrelada à atividade política exerce também influência direta sobre o conceito de inimigo.

Nesse ponto reside a crítica de Carl Schmitt ao processo de hiper-racionalização, e à tentativa de se estabelecer um método estritamente científico para todas as áreas do saber, como é o caso da teoria pura do direito de Kelsen<sup>62</sup>. Na filosofia schmittiana o entendimento acerca do direito não está limitado às normas jurídicas e seu tecnicismo, mas figura no campo de gravitação do poder, expressando-se pelo decisionismo de seu detentor<sup>63</sup>. A igualdade abstrata que a norma estabelece entre os sujeitos é desempatada pelo poder. Por consequência, para a teoria schmittiana o direito trata-se de um instrumento modificável de

60 DINIZ, Eduardo Saad; *Inimigo e pessoa...* Op. cit., p. 130.

61 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 414.

62 GUERRA, Elizabete Olinda; *Carl Schmitt e Hannah Arendt...* Op. cit, p. 34.

63 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 416.

acordo com a conjuntura instaurada, um “direito situacional”, em que o possuidor do poder porá termos à situação decidindo como o direito será aplicado<sup>64</sup>.

Para Schmitt as relações humanas necessariamente ocorrem no campo do político e, portanto, não há como realizar seu esvaziamento, retirando as superestruturas sociais de sua área de abrangência. Assim, tratando-se o Direito de um subsistema (ou superestrutura, para se valer da noção marxista) social, logo, sua forma reflete o modo como se apresenta o grande sistema social do qual faz parte (ou a infraestrutura sobre a qual se erige). Em outras palavras, a forma como o Direito é construído depende da forma como o Estado se manifesta. A configuração do Estado é um processo político, e ela determina e condiciona o processo criador do Direito<sup>65</sup>. Assim sendo, o Estado figura dentro do político, sendo os seus desdobramentos necessariamente relações políticas. É o que o autor afirma ao dizer que “o conceito do Estado pressupõe o conceito do político”<sup>66</sup>.

Embora ao longo dos séculos tenha sido operada uma tentativa de esvaziamento do campo do político, e consequentemente da distinção entre amigo e inimigo, alternando a forma estatal “do teológico para o metafísico, daí para o humanitário-moral, e finalmente para o econômico”<sup>67</sup>, o autor entende que tal exclusão do político no decisionismo seja algo impossível. Portanto, a forma estatal estabelecida com base nas relações que ocorrem no político é o elemento que norteará a separação dos homens em amigos e inimigos, em qualquer nível que ela aconteça.

### **Direito liberal e forma jurídica: a perspectiva de Pachukanis**

Kelsen estabelece como paradigma um Direito reduzido à norma e que se apresenta como um sistema jurídico hierarquizado, com sua expressão máxima no “mundo dos homens” respaldada na constituição, a qual orienta-se por uma suposta norma fundamental, existente no plano metafísico. Schmitt, por sua vez, aponta que a teoria geral do Direito realizada pelos juspositivistas erra em sua constatação, indicando que o real fundamento do Direito não se encontra em sua forma ou em uma razão prática, mas sim nas relações de poder que permeiam o âmbito jurídico enquanto palco de interações humanas, manifestando-se a imposição desse poder pelo ato de comando expresso no decisionismo político-jurídico.

Pachukanis abre outro caminho, aprofundando ainda mais as noções retiradas da obra schmittiana. Teórico marxista, Pachukanis

64 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 14.

65 DINIZ, Eduardo Saad; *Inimigo e pessoa...* Op. cit., p. 130.

66 SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 43.

67 Idem. p. 108.

vai além em suas análises acerca da gênese do Direito, inovando inclusive com relação a autores contemporâneos e de mesma orientação, como Stutcka<sup>68</sup>. Para este, o Direito é um “sistema de relações sociais”<sup>69</sup> decorrente da luta de classes, resumindo-se à imposição de um grupo opressor sobre outros grupos oprimidos por meio de mecanismos institucionais, e que a modificação da pirâmide social consequentemente modificaria o Direito em si, reformulando a sociedade em um novo esquema de interesses e domínio<sup>70</sup>. Pachukanis concebe enxergava o Direito como uma superestrutura social enraizada no substrato da sociedade burguesa, qual seja, o modo de produção capitalista, refletindo as suas formas atomizadas e assim constituindo terreno fértil para sua consolidação e reprodução.

Nesse sentido, o Direito é proveniente das formas basilares do modo de produção capitalista: forma-valor e forma-mercadoria. Para seu pleno funcionamento, o capitalismo depende da circulação das mercadorias produzidas, a qual se dá pela troca entre produtos equivalentes. Para que haja equivalência, é necessária a atribuição de um valor à mercadoria. Ou seja, à toda mercadoria é atribuída um valor, para que então possam ser operadas as trocas entre equivalentes<sup>71</sup>. Tanto a produção quanto as trocas são relações sociais, e como tais devem ser garantidas para funcionalidade do modo de produção. Esse respaldo é realizado pelo Direito, moldando assim, conforme Pachukanis, a forma-jurídica.

A valorização<sup>72</sup> das mercadorias e suas incessantes trocas se dão por atos de liberalidade entre os indivíduos, e para tal é necessário que seja garantido, mesmo que a nível de mera formalidade, a igualdade e a liberdade entre as pessoas que realizarão as trocas. Esse é o fundamento de suposição que pinta os sujeitos e as trocas em si<sup>73</sup>. Nesse ponto, o Direito figura como instrumento que define o campo para a realização das trocas e a consequente circulação das mercadorias, estabelecendo, à imagem de seu substrato, suas formas próprias, como a *forma-sujeito de direito*.

A figura do sujeito de direito é o ente responsável por determinar o grau de subjetividade necessário para a fixação da ideia de equidade formal entre os indivíduos, para que então possam negociar livremente

68 MASCARO, Alysson Leandro. **Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis)**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 57, p. 135-140, 2002. p. 139.

69 STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e luta de classes: teoria geral do direito**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 16.

70 NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 45-46.

71 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 20-22.

72 O processo de valorização se caracteriza pela monetização do valor, uma vez que o dinheiro, no modo de produção e circulação capitalista, torna-se o capital que move todo o sistema. Todas as mercadorias passam a assumir um valor monetizado, não mais bastando-se pela equivalência entre si (MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Trad. por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. Livro I: o processo da circulação do capital, p. 230-231).

73 PACHUKANIS, Evguiéni B., **Teoria Geral do Direito e Marxismo**, tradução Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017. p. 118-119.

as trocas de mercadorias. Tal liberdade atinge a capacidade do sujeito de dispor e atribuir valor a tudo aquilo que possa ser transformado em mercadoria<sup>74</sup>. Assim, a forma jurídica passa a respaldar essas relações, inclusive permitindo que se opere um nível de abstração de todos os objetos e atividades humanas, como o trabalho em si, com o objetivo de as converter em mercadoria, atribuir um valor que será referenciado monetariamente a e assim possibilitar a sua troca. A alienação do trabalho humano decorrente de sua abstração somente é possível no modelo de produção capitalista e com os mecanismos assegurados pela forma-estatal na sua atuação, a qual ocorre por uma forma político-jurídica própria. Portanto, são as formas valor e mercadoria, norteadas pelo princípio da equivalência nas trocas, que favorecem a quantificação do trabalho abstrato dispensado na produção e a sua compensação para que se opere a sua circulação sob a forma de mercadorias<sup>75</sup>. Esse grande vínculo existente entre as formas basilares do modo de produção capitalista e a forma jurídica que delas emerge, permite entender que o Direito e suas instituições são representações de essência burguesa.

No que tange ao Direito Penal, também é possível verificar a manifestação das formas valor e mercadoria nas relações que dele são provenientes. Nas sociedades primordiais o Direito Penal, não organizado institucionalmente, assume um caráter de vingança, sendo ela uma reação praticada por um particular contra um mal anteriormente sofrido<sup>76</sup>. A desordem e a falta de mediação na execução da vingança proporcionavam insatisfação naqueles sobre quais ela recaía, visto que não havia uma noção de equilíbrio entre o mal causado e a vingança exercida, o que torna esse sistema fonte de repetidas vinganças, resultando em um ciclo sem fim de violência<sup>77</sup>.

Somente quando na história da humanidade a punição passa a expressar a noção de compensação, seja por uma reparação do mal pelo mal, ou pelo pagamento de uma pena pecuniária, mas havendo a orientação por referenciais fixos e definida por um terceiro mediador, é que o Direito Penal passa a expressar o sentido de equivalência<sup>78</sup>. A forma-mercadoria que se manifesta por esse princípio, permite que o comportamento delinquente seja compreendido como uma modalidade *sui generis* de circulação, na qual a relação negocial é estabelecida após a ocorrência do fato criminoso. Essa troca não é iniciada pelo acordo livre de vontades entre as partes, mas sim pela atuação arbitrária de uma delas, funcionando a intervenção estatal, manifestada na forma de punição, como a aplicação equivalente entre o delito e a reparação à vítima<sup>79</sup>. A forma valor é aplicada a essa relação para que se possa

74 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. Op. cit. p. 39-40.

75 NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito...** Op. cit., p. 57-58.

76 Idem. p. 58-59.

77 PACHUKANIS, Evguiéni B., **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Op. cit. p. 166-167.

78 Idem. p. 168-169.

79 NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito...** Op. cit., p. 59.

dimensionar o mal sofrido pela vítima e estabelecer o grau da punição imposta, operando-se uma forma específica de troca de mercadorias.

Assim, comprehende-se que para Pachukanis o Direito é uma estrutura de natureza burguesa que se apresenta e se realiza pelas formas atomizadas do modo de produção capitalista, tornando possível a mensuração e atribuição de valor às mercadorias, para que assim possam trocadas em relações orientadas pelo princípio da equivalência<sup>80</sup>. O Direito então torna-se sustentáculo da sociedade capitalista, proporcionando a sua conservação e reprodução, assim como neutralizando elementos históricos que possam derrubá-la.

## O inimigo e a forma jurídica

Pela linha de pensamento pachukaniana, comprehende-se que o Direito é estruturado em conformidade com as formas fundamentais do modo de produção capitalista (valor e mercadoria), criando terreno propício para a sua reprodução. Nesse sentido, é possível entender que a teoria do direito penal do inimigo e o respectivo processo de definição do (não-)sujeito que sofrerá a perseguição também sejam orientados pelas formas basilares do capital? Aprofundando esta noção, pode-se afirmar que além da incidência das formas valor e mercadoria sobre o sujeito durante a penalização, estas também motivem o decisionismo político-jurídico no momento da individualização do inimigo?

Como apresentado no tópico anterior, para Pachukanis, o auge da evolução do Direito Penal ocorreu com a atribuição do princípio da equivalência à resolução dos conflitos por ele abarcados, utilizando-se das formas valor e mercadoria, em uma aplicação *sui generis*, para garantir a justa reparação à vítima ou uma punição proporcional ao mal causado. O crime é compreendido como um negócio jurídico no qual uma das partes impõe arbitrariamente a sua vontade sobre a outra sem qualquer contrapartida, e o Estado, na forma de terceiro interessado, surge como mediador para trazer o devido equilíbrio a essa relação, estabelecendo uma cláusula póstuma ao “contrato” firmado entre as partes, na qual aplica ao indivíduo delinquente uma sanção proporcional ao mal que causou.

A inovação trazida pelo direito penal do inimigo se dá com a modificação de dois elementos constituintes dessa relação negocial penal: a) a parte que toma a iniciativa, impondo a sua vontade a outra; e b) o momento de aplicação da sanção penal, no qual há a equivalência e a circulação da mercadoria. Na concepção de Jakobs, aos indivíduos que não confirmam a devida segurança cognitiva o Estado deve se postar de forma diversa, despersonalizando-os, de modo que não lhes sejam mais conferidos os direitos possuídos pelos cidadãos. Assim, devido a ausência de expectativas cognitivas conferidas por essas pessoas, a

<sup>80</sup> MASCARO, Alysson Leandro; MORFINO, Vittorio. **Althusser e o materialismo aleatório** – Coleção Diálogos/ Alysson Leandro Mascaro; Vittorio Morfino – São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 14-17.

força coercitiva do Estado antecipará o exercício do poder penal, inocuizando o indivíduo, como forma de inibir a sua ação e evitar eventuais delitos<sup>81</sup>. Portanto, a neutralização do indivíduo pela aplicação de penas ou medidas de segurança, representa a antecipação da circulação da “mercadoria-sanção penal”, a qual será medida tendo como parâmetro o perfil do sujeito tido como inimigo, que, por não conferir segurança cognitiva, produzirá temor sobre suas potenciais condutas futuras. Será com base nesse perfil de risco e as suas prováveis condutas que a equivalência será mensurada.

O sujeito sobre o qual recai a ação antecipada do Estado é aquele que, por sua própria natureza (caráter ontológico da medida), não corresponde às expectativas cognitivas, ameaçando a própria existência sistema social. O ato de o classificar como inimigo e conferir tratamento diverso, é modo de garantir a suposta proteção do sistema, defendendo-o da instabilidade de segurança que proporciona. Nesse sentido, sendo a forma-jurídica (sistema jurídico) reflexo do modo de produção capitalista, garantindo-lhe a solidez a funcionalidade necessárias à sua reprodução, pode-se concluir que a aplicação prospectiva do direito penal, que age seletivamente sobre determinados indivíduos, sob a justificativa de restabelecimento da estabilidade e segurança cognitiva, é nada mais que uma ferramenta de preservação do sistema social em face a sujeitos que ameacem a sua manutenção. No caso em questão, sendo o sistema jurídico construído à imagem do modo de produção capitalista, será esse sistema social em específico que será mantido pela neutralização daqueles que lhe causem determinados tipos de abalo.

Complementando o raciocínio crítico acerca do direito penal do inimigo, incluem-se as perspectivas schmittianas acerca das motivações para o decisionismo político. Nesse ponto verifica-se que a estruturação de um sistema jurídico que reproduzir e resguardar as bases do modo de produção capitalista, acaba por necessariamente fomentar nos sujeitos interesses de igual sentido. O Direito é uma figura abstrata, representativa de relação sociais que devem ser reproduzidas. Sendo assim, a sua criação depende de atos deliberativos de indivíduos, o que se dá no plano das relações materiais que ocorrem no campo do político. O ato legislativo que cria a norma definidora de padrões comportamentais (a qual protegerá o sistema social) é um ato político que insere no abstrato jurídico os interesses que se pretende materializar nas condutas orientadas pelo comando legal<sup>82</sup>.

De acordo com Schmitt, o campo do político pode ser visto como uma arena de batalha, onde a pluralidade de posicionamentos representa os diversos exércitos que nela se enfrentam. O embate entre posições opostas dá origem ao binômio amigo/inimigo, e ao Estado cabe a gerência desse conflito com o intuito de garantir a ordem social.

81 JAKOBS, Gunther; “Criminalización en el Estado previo a la lesión de um bien jurídico”; em *Estudios de Derecho Penal*. Madri, 1997, reproduzido em *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*. México, 2002. p. 64-65.

82 ZAFFARONI, Eugenio Raul; *O inimigo no Direito Penal*; Op. cit., p. 161-163.

Dessa forma, a orientação política do Estado influenciará na forma como será realizada a gerência das relações sociais e contenção do conflito, de modo que aqueles que sejam identificados como aliados sejam considerados amigos e, portanto, mantidos dentro dos limites da proteção normativa, tendo em vista que preservam as expectativas cognitivas, enquanto aqueles que se oponham a ordem estabelecida, definida especificamente pelos interesses políticos predominantes, sejam declarados inimigos, tornando interesse do Estado a sua neutralização ou extermínio.

Nesse sentido, os paradigmas para a definição do inimigo serão os interesses políticos do Estado, sendo aquele o sujeito que não atender às expectativas deste. Ou seja, o inimigo é aquele que não corresponde aos padrões de expectativa cognitiva da sociedade.

A sociedade liberal-burguesa, construída sobre o modo de produção capitalista, estrutura-se a seu reflexo, conservando-o e reproduzindo suas formas básicas. Assim, as formas sociais derivadas do capitalismo, como as formas política e jurídica, servirão como entes perpetuadores do modo de produção, e isso orientará a sua operação<sup>83</sup>. Consequentemente, os padrões comportamentais garantidores de segurança cognitiva serão aqueles que proporcionem a manutenção ou aprimoramento do modo de produção capitalista, sendo que qualquer indivíduo ou grupo que ameace a manutenção do sistema, automaticamente será eleito como inimigo, devendo ser combatido.

Essa forma de enxergar a estruturação do Direito Penal, bem como o processo de criminalização (e a sua levada às últimas consequências, que resulta no direito penal do inimigo), mostra que o campo das relações sociais vai muito além de um mero racionalismo prático, atingindo o plano político e representando interesses específicos. Nesse sentido afirma Alysson Mascaro, ao lecionar acerca do pensamento de Ernst Bloch:

Bloch não enxerga no crime uma nobreza que se contraponha à vilania capitalista. Insiste em apontar no crime fundamentalmente o fracasso do capitalismo, e, por isso, há de considerar que o problema penal é, ainda, um problema econômico-social, mais que propriamente jurídico. Em torno da questão penal forma-se um círculo vicioso que, ao ser tratado apenas pela sua esfera jurídica, não deixa chegar às causas nem à plena solução. A revolução, para Bloch o único instrumento concreto desta resolução do problema penal, é virulentamente atacada pelo capitalismo. O domínio de classe dos meios de produção impede a revolução e a criminaliza<sup>84</sup>.

Portanto, a segurança cognitiva será sempre atrelada aos indivíduos que correspondam às metas definidas para a sociedade, embutidas

83 Idem. p. 161-163.

84 MASCARO, Alysson Leandro. **Utopia e Direito: Ernst Bloch e a Ontologia Jurídica da Utopia** – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 163.

na consciência coletiva, e que sigam os meios institucionalizados para sua obtenção<sup>85</sup>. Os sujeitos que não almejam os objetivos sociais colocados culturalmente (nesse plano atuam os aparelhos ideológicos)<sup>86</sup> como alvos para qualquer pessoa passam a ser paulatinamente desintegrados do sistema, tornando-se figuras marginalizadas. Aqueles que, por sua vez, insistam em seguir os objetivos sociais, mas que em sua ação não sigam os meios institucionalizados para tal, acabam por vezes praticando crimes.

Há também a possibilidade de que ambas as hipóteses recaiam sobre uma mesma pessoa ou grupo, indicando indivíduos que abdicaram totalmente da ordem social na qual estão imersos<sup>87</sup>. Porém, o ponto nodal é que em qualquer dessas situações, sempre que o abandono das metas/objetivos ou dos meios institucionalizados para seu alcance ocorram de modo a criar obstáculos ao funcionamento do modo de produção capitalista, haverá a rotulação destes personagens como inimigos, levando à sua marginalização, criminalização e, até mesmo, ao seu extermínio, o que será realizado em defesa dos interesses mantenedores da ordem sistêmica/social vigente. Dessa forma, na sociedade capitalista, o inimigo será vestido, dentre as inúmeras roupagens possíveis, com aquelas definidas por esse modo de produção, em decorrência do fato de não corresponder aos padrões juridicamente estabelecidos para a manutenção da ordem social, bem como aos interesses que as criam e que são reproduzidos por indivíduos que possuem o poder político suficiente para determinar quem será taxado como tal<sup>88</sup>.

### **Considerações finais**

O escopo do presente trabalho foi tecer uma análise crítica acerca da teoria do direito penal do inimigo, de autoria do professor Gunther Jakobs, valendo-se das perspectivas obtidas das obras dos teóricos político-jurídicos Carl Schmitt e Evguiéni B. Pachukanis, de orientação não-juspositivista e marxista respectivamente.

Seguidor do positivismo jurídico e influenciado por autores como Hans Kelsen e Niklas Luhmann, Jakobs desenvolveu o seu radicalismo sistêmico considerando que o sistema jurídico, como um fim em si mesmo, seria a sua própria ferramenta de validação diante da quebra de uma norma. Para o autor, na ocorrência do delito as expectativas normativas, consistentes na crença da sociedade no cumprimento estrito da norma, são quebradas, sendo que, a aplicação da legislação penal se colocaria como uma reação contrafática da própria norma no intuito de

<sup>85</sup> MERTON, Robert K.; **Teoría y Estrutura Sociales**; México: FCE, 2004; p. 218.

<sup>86</sup> Ver: ALTHUSSER, Louis. **Ideología e aparelhos ideológicos de Estado**. Título original: *Ideologie et appareils idéologiques d'Etat*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1970. p. 41-52.

<sup>87</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão – **Criminologia...** Op. cit., p. 202-203.

<sup>88</sup> POULANTZAS, Nikos. **Poder político e classes sociais**. Nicos Poulantzas; tradução Maria Leonor F. R. Loureiro. – Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2019.

reafirmar a sua validade e, consequentemente, poder coercitivo. Nesse sentido, a punição do agente infrator figura em caráter secundário subsidiário, uma vez que o principal objetivo nessa situação é reafirmar a validade da norma e restabelecer a ordem no sistema jurídico, tido como o verdadeiro bem jurídico a ser protegido.

Diante das rápidas e consideráveis mudanças pelas quais o mundo passou durante o século XX, em especial em sua segunda metade, muito influenciadas pelo rápido incremento do processo de globalização, as interações entre as diversas sociedades foram intensificadas, levando ao aumento dos conflitos e também da insegurança. Eventos como o terrorismo transnacional passaram a ser mais frequentes, instaurando um cenário de risco e incertezas. Diante disso, no intuito de atender às novas demandas por segurança, Jakobs concebeu uma nova perspectiva para sua teoria funcional-sistêmica, levando-a às últimas consequências, criando assim a teoria do direito penal do inimigo.

O novo modelo desenvolvido por Jakobs visava combater indivíduos que não correspondessem às expectativas cognitivas, não havendo qualquer previsibilidade sobre suas condutas. Esses sujeitos são tidos como fonte de risco ao sistema social, e em decorrência de seu comportamento cognitivamente nocivo, acabam recebendo um tratamento diferenciado por parte do Estado, o qual suprime totalmente seus direitos e garantias em nome da segurança de suas estruturas, fazendo recair sobre eles um Direito Penal prospectivo, que visa a defesa em relação a atos futuros que possam eventualmente acontecer.

Em sua teoria, Jakobs criou um inimigo normativamente constituído, que não corresponde às delimitações do sistema normativo. É justamente nesse ponto que reside a crítica sob a ótica combinada (e também isolada) das teorias pachukaniana e schmittiana. Pachukanis apresenta uma visão inovadora acerca do Direito para sua época, o definindo como uma superestrutura social moldada sob as formas basilares da infraestrutura capitalista: as formas valor e mercadoria. Para Pachukanis, todo o Direito é delineado de modo a proporcionar o devido desenvolvimento e perpetuação do modo de produção capitalista, possibilitando a transformação de tudo em mercadoria e sua consequente circulação, a qual ocorre por meio de trocas equivalentes, todo esse processo respaldado pela forma-subjetividade jurídica, a figura do sujeito de direito.

Nesse sentido, Pachukanis enxerga o Direito Penal como a aplicação das formas capitalistas e do princípio da equivalência, que visa estabelecer um *quantum* de pena adequado para reparação do mal causado pelo criminoso, como uma “mercadorização” da punição. Assim, o sistema penal, e consequentemente um suposto modelo de direito penal baseado na teoria da Jakobs, também seria uma criação reflexa do modo de produção capitalista, sendo, portanto, o perfil do inimigo construído conforme interesses do próprio sistema capitalista.

Pela obra de Schmitt, tem-se que as relações ocorridas no campo do político são caracterizadas pela alta pluralidade de posicionamentos

conflitantes, gerando embates e desordem. Assim, cabe ao Estado gerenciar os conflitos por meio da administração política. O controle dos conflitos ocorre em conformidade com os interesses políticos estatais, buscando-se a neutralização ou destruição daqueles indivíduos que defendam interesses diversos, os quais são considerados inimigos. Logo, a eleição dos inimigos e o seu combate será norteado pelas inclinações políticas do Estado e daqueles que o gerem. Esses interesses também se manifestam na estruturação do próprio Estado, influenciando na criação de todas suas bases institucionais. Dessa forma, o Direito, como superestrutura social responsável por garantir a ordem na sociedade, será erigido conforme as orientações políticas do Estado, o que também definirá o modo como será operado.

Sobre a necessidade de revitalizar os pensamentos de Pachukanis e Schmitt para análise concreta do fenômeno jurídico, Mascaro afirma:

Os mais antípodas dos pensadores do direito do século XX – Pachukanis e Schmitt –, compartilhando de várias críticas exacerbadas ao institucionalismo liberal – ao modelo kelseniano – igualam-se, um no veio conservador e outro no revolucionário, ao papel dado à política, à exceção, para além do direito e da normatividade. Num mundo em que a estabilidade das leis nada parecer ser em face do capitalismo multinacional, do imperialismo e de homens de exceção como George W. Bush, talvez os extremos necessitem ser revisitados, pois parece que é ainda por eles que compreenderemos muito do direito e da política de nossos tempos<sup>89</sup>.

Concluindo, nas sociedades em que as formas capitalistas definem como serão construídas as formas política e jurídica, a escolha dos indivíduos considerados ameaças ao sistema social será sempre canalizada pelos interesses decorrentes do próprio modo de produção capitalista. Ou seja, neste cenário, o inimigo sem rosto, unicamente normativo, criado por Jakobs, na verdade assumirá a face do indivíduo que não corresponda aos anseios da sociedade do capital e daqueles que a determinem.

## **Referências**

**ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado.**  
Título original: *Ideologie et appareils idéologiques d'Etat*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1970.

**ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco/** Aristóteles; tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. – São Paulo: Martin Claret, 2015.

**AUSTIN, John. The Providence of Jurisprudence Determined.**  
Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

89 MASCARO, Alysson Leandro. **Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis)**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 57, p. 135-140, 2002. p. 140.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido.** Tradução, Carlos Alberto Medeiros; Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico -Lições de Filosofia do Direito*, compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CACICEDO, Patrick; **Pena e Funcionalismo: Uma análise crítica da prevenção geral positiva;** 1. ed.; Rio de Janeiro: Revan, 2017.

COMTE, Auguste. 1990. **Discurso sobre o espírito positivo.** São Paulo: M. Fontes.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo.** Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

DA SILVA, Artur Stamford. **Niklas Luhmann: 20 anos do sociedade da sociedade. O lugar do ao mesmo tempo na teoria do direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 10, n. 1, p. 27-40, 2018.

DINIZ, Eduardo Saad; **Inimigo e pessoa no direito penal;** São Paulo: LiberArs, 2012.

FISHER, Mark, 1968-2017. **Realismo capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?/ Mark Fisher;** tradução Rodrigo Gonsalves, Jorge Adeodato, Maikel da Silveira; [coordenação Manuela Beloni, Cauê Ameni]. – 1. ed. – São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade/ Anthony Giddens:** tradução Álvaro Cabral. – 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA, Elizabete Olinda; **Carl Schmitt e Hannah Arendt: olhares críticos sobre a política na modernidade;** São Paulo, SP: LiberArs, 2013.

GUERRERO, Ramiro Anzit; **A base ideológica do Direito Penal do inimigo (Gunter Jakobs): sociedade de risco e seus efeitos no Estado Democrático de Direito;** Revista Esmat, Palmas; Ano 5, nº 5, p. 191-217 – jan/jun 2013.

HABERMAS, Jurgen; **O ocidente dividido: pequenos escritos políticos X;** Tradução Bianca Tavolar. – I ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2016.

HART, H. L. A. **Positivism and the Separation of Law and Morals.** Harvard Law Review, vol. 71, 1958.

LONDON, Jack. **O povo do abismo: fome e miséria no coração do império britânico: uma reportagem do início do século XX/** Jack London; introdução e revisão da tradução Maria Sílvia Betti; tradução Hélio Guimarães, Flávio Moura. – São Paulo: Fundação Perseu Abramo: Expressão Popular, 2020.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas;** org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli; 6. ed.; 3. tir.; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

JAKOBS, Gunther; “**Criminalización en el Estado previo a la lesión de um bien jurídico;**” em *Estudios de Derecho Penal*. Madri, 1997, reproduzido em *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*. México, 2002.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um projeto filosófico.** Tradutor: Artur Morão. Colecção: Textos Clássicos de Filosofia. Direcção da Colecção: José Rosa & Artur Morão. Design de Capa: António Rodrigues Tomé. Paginação: José Rosa. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro; MORFINO, Vittorio. **Althusser e o materialismo aleatório – Coleção Diálogos/** Alysson Leandro Mascaro; Vittorio Morfino – São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe.** – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito.** – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis).** Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 57, p. 135-140, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. **Utopia e Direito: Ernst Bloch e a Ontologia Jurídica da Utopia** – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Trad. por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. Livro I: o processo da circulação do capital.

MARX, Karl, 1818-1883. **Manifesto comunista**/ Karl Marx e Friedrich Engels; organização e introdução Osvaldo Coggliola; [tradução do Manifesto Álvaro Pina e Ivana Jinkings]. – 1. ed. revista – São Paulo: Boitempo, 2010.

MERTON, Robert K.; **Teoria y Estrutura Sociales**; México: FCE, 2004.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

OLAECHEA, Urquiza; DE SAN MARCOS, Mayor. Derecho penal del enemigo. **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, a cura di CANCIO MELIÀ-GÓMEZ-JARA DIÈZ, v. 2, 2006.

PACHUKANIS, Evguiéni B., **Teoria Geral do Direito e Marxismo**, tradução Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

POULANTZAS, Nikos. **Poder político e classes sociais**. Nicos Poulantzas; tradução Maria Leonor F. R. Loureiro. – Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778, **O Contrato Social**, Princípios do Direito Político; tradução de Edson Bini – Bauru, SP: EDIPRO, 2<sup>a</sup> ed., 2015.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia** – 6<sup>a</sup> ed. rev. r atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e luta de classes: teoria geral do direito**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WACQUANT, L. J. D. 1996. Positivismo. In: OUTHWAITE, W. & BOTTOMORE, T. (orgs.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: J. Zahar.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2<sup>a</sup> edição junho de 2007, 3<sup>a</sup> edição dezembro de 2011, 4<sup>a</sup> reimpressão, outubro de 2016. 224 p.