

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

GERALDO TADEU JORGE FILHO

**A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS CRIMES DE
GENOCÍDIO**

**CURITIBA
2018**

GERALDO TADEU JORGE FILHO

**A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS CRIMES DE
GENOCÍDIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): Marcelo Gobbo Dalla Déa

**CURITIBA
2018**

GERALDO TADEU JORGE FILHO

**A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS CRIMES DE
GENOCÍDIO**

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____
Prof. M.e Marcelo Gobbo Dalla Déa

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Aos meus avós, Laís, Zélia, Walter e Wilson,
fontes de inspiração, sabedoria, honestidade,
honra e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida, pela minha saúde, pela minha família, pelos meus amigos, pelas oportunidades e por todos os auxílios e bênçãos que tem me proporcionado ao longo desta caminhada e por toda a vida.

Aos meus pais, Geraldo e Themis, por sempre acreditarem em mim e por todo o esforço e empenho dedicados à minha formação acadêmica, ética, solidária e moral, pelos ensinamentos prestados, principalmente, quanto aos valores em relação a vida, pela paciência em momentos difíceis e por todo o amor que me proporcionam ao longo da vida.

Ao meu irmão, Gustavo, por todo carinho, apoio e afeto durante a vida.

À minha namorada, Cindy, pela paciência, pelos conselhos e por todo o apoio, amor, inspiração, carinho e afeto durante o procedimento de elaboração deste estudo.

Ao meu Professor Orientador Desembargador Marcello Gobbo Dalla Déa pela paciência e disponibilidade, pelo incentivo para pesquisar e estudar um tema tão controverso e polêmico perante a comunidade acadêmica e pelos relevantes e inestimáveis ensinamentos prestados e pelas contribuições bibliográficas que viabilizaram a produção deste trabalho.

Ao Excelentíssimo Procurador de Justiça Dr. Hilton Cortese Caneparo pela confiança em meu trabalho, pela oportunidade de estágio, pelos incentivos e apoios, pela contribuição em minha formação profissional, pelo profissionalismo exemplar e por todos os ensinamentos vinculados à área penal e à vida, que certamente transcendem os dos livros.

Ao Professor Dr. Michel Knolseisen, mestre e grande amigo, pelos ensinamentos acerca dos mais variados institutos do Direito Penal, pelas discussões críticas e reflexivas acerca dos problemas sociais e cotidianos, pelos conselhos, pelos incentivos, pelas divergências ideológicas, pelos diálogos travados com muita elegância e respeito, pelo comprometimento com a ética e com o trabalho e por ser um grande profissional que serve de exemplo e inspiração para mim.

À Professora e psicóloga Caroline Marafiga pela paciência, pela compreensão, pelos auxílios e apoios prestados que certamente contribuíram no processo de elaboração do presente estudo.

À Professora Dra. Priscila Caneparo pela amizade, pelo diálogo e por ter se disponibilizado em contribuir com a bibliografia do presente estudo.

Às minhas colegas de trabalho no Ministério Público, Ryana e Cristiane, pelos ensinamentos profissionais, pela paciência, pela confiança, pela disponibilidade, pelas discussões e pelo carinho.

Aos meus amigos e à minha família por todo apoio e compreensão ao longo da vida.

Ao Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), à Escola da Magistratura do Paraná e ao Colégio Marista Santa Maria, bem como seus professores, pela minha formação acadêmica e educacional.

“O crime não pode ser tolerado. Os criminosos se beneficiam com a tolerância de uma sociedade compreensiva”. (RA'S AL GHUL, personagem interpretado por Liam Neeson no filme “Batman Begins” dirigido por Christopher Nolan).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o conceito, a origem, as características, os fundamentos filosóficos e as peculiaridades do chamado Direito Penal do Inimigo, bem como suas diferenças em relação ao Direito Penal do Cidadão, sob as perspectivas teóricas do jurista Günther Jakobs. Pretende-se realçar a distinção entre pessoa, que se refere ao indivíduo que é fruto de uma construção social, e inimigo, que deve ser tratado de maneira mais incisiva e severa pelo ordenamento jurídico por ter se afastado de maneira duradoura do estado de cidadania, devendo ser neutralizado. Procura-se fazer uma abordagem acerca da evolução das teorias do delito e da epistemologia do Direito Penal, bem como dos fundamentos e do conceito de bem jurídico e suas críticas perante a teoria da prevenção geral positiva da pena. Busca-se, ainda, analisar o conceito de crime de genocídio, os massacres ocorridos em Ruanda e na Ex-Iugoslávia e o julgamento de determinados casos envolvendo tais regiões, bem como demonstrar que a sociedade internacional, por meio do estabelecimento de Tribunais Penais Internacionais e seus estatutos, atribui aos genocidas um tratamento penal diferenciado, mais repressivo e rígido, voltado para a neutralização de um indivíduo de alta periculosidade, legitimando uma forma de Direito Penal do Inimigo.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo, crime de genocídio, funcionalismo sistêmico, escolas penais, bem jurídico-penal.

SUMÁRIO

RESUMO	07
1 INTRODUÇÃO	09
2 EVOLUÇÃO DA HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	11
2.1 O INÍCIO DO DIREITO PENAL MODERNO.....	11
2.2 ESCOLA CLÁSSICA.....	12
2.3 ESCOLA POSITIVA.....	15
2.4 <i>TERZA SCUOLA ITALIANA</i>	20
2.5 ESCOLA MODERNA ALEMÃ.....	21
2.6 O NEOKANTISMO.....	24
2.7 CAUSALISMO E FINALISMO.....	27
2.8 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO.....	31
2.9 FUNCIONALISMO SISTÊMICO.....	34
3 BEM JURÍDICO-PENAL	40
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO.....	40
3.2 TEORIAS SOCIOLÓGICAS DO BEM JURÍDICO.....	44
3.3 TEORIAS CONSTITUCIONAIS DO BEM JURÍDICO.....	46
3.4 CONCEITO DE BEM JURÍDICO.....	47
3.5 A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A VIGÊNCIA DA NORMA COMO BEM JURÍDICO-PENAL.....	51
4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO	59
4.1 ORIGEM E CONCEITO.....	59
4.2 O EMBASAMENTO FILOSÓFICO.....	62
4.3 O INIMIGO COMO INDIVÍDUO E NÃO COMO PESSOA.....	71
4.4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	75
5 GENOCÍDIO E DIREITO PENAL DO INIMIGO	80
5.1 CONCEITO DE CRIME DE GENOCÍDIO.....	80
5.2 OS GENOCÍDIOS EM RUANDA E NA EX-IUGOSLÁVIA.....	83
5.3 O GENOCIDA COMO INIMIGO DA SOCIEDADE: ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DE JEAN KAMBANDA E ZDRAVKO TOLIMIR À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	89
6 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco, inicialmente, a análise da evolução histórica da epistemologia do Direito Penal e de seus pressupostos estruturantes, bem como dos fundamentos básicos da teoria geral do delito, por intermédio do estudo das principais escolas penais e das principais vertentes de compreensão dos elementos do crime.

Na sequência, pretende-se abordar a construção histórica do conceito de bem jurídico-penal e sua relação de delimitação com os fins do Direito Penal, assim como o esvaziamento crítico e substancial de seu conteúdo realizado pelas concepções de Günther Jakobs relacionados com a proteção da vigência da norma e a função de prevenção geral positiva da pena, propondo uma visão mais sistêmica da compreensão dos institutos penais e da sociedade.

Após analisar as noções do estabelecimento do conceito de bem jurídico-penal e a postura radical acerca de seus fundamentos teorizada por Jakobs, o presente trabalho pretende esclarecer a origem e o conceito da teoria do chamado “Direito Penal do Inimigo”, diferenciando-o das peculiaridades garantistas e liberais do chamado “Direito Penal do Cidadão”.

O presente trabalho buscará esclarecer as principais características e os fundamentos do Direito Penal do Inimigo, observando o seu suporte filosófico assentado nas teorias contratualistas de Hobbes, Fichte, Rousseau e Kant e suas contribuições para embasar e sustentar a distinção perante a sociedade entre o conceito de pessoa e o de inimigo.

Assim, será examinado a forma de atuação do Direito Penal do Inimigo que se destina aos indivíduos que rompem com o contrato social e causam instabilidade e insegurança para a sociedade e ao ordenamento jurídico. Buscará se demonstrar, dessa forma, a necessidade de se combater e enfrentar a criminalidade moderna e os casos mais graves de violações de direitos como os crimes de genocídio, por meio de um Direito Penal do Inimigo, que relativiza e suprime as garantias penais e processuais penais, antecipando a esfera de ingerência do Direito Penal na relação social, estabelecendo penas desproporcionais entre outras medidas, que se revelam imprescindíveis para a preservação da sociedade.

Por fim, serão abordados o conceito do crime de genocídio, os massacres ocorridos em Ruanda e na Ex-Iugoslávia e o tratamento extremamente rigoroso e severo por parte da comunidade internacional para punir e reprimir os autores de crimes de genocídio, demonstrando-se que estes são vistos, definitivamente, como inimigos a serem combatidos pela sociedade global.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Primeiramente, será feita uma abordagem histórica da evolução do Direito Penal por intermédio da análise das diversas tendências ideológicas e dogmáticas acerca de sua epistemologia, de seus fundamentos e dos seus principais objetivos, bem como do fenômeno delitivo a partir da época do iluminismo. Nesse sentido, as escolas penais devem ser compreendidas como os pensamentos jurídico-filosóficos acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos do sistema penal.¹ Além disso, serão analisadas as principais correntes doutrinárias que compuseram as chamadas teorias do delito, que constitui o objeto central da ciência penal.

2.1 O INÍCIO DO DIREITO PENAL MODERNO

Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) foi um jurista alemão considerado por grande parte da doutrina como o fundador do Direito Penal da era da modernidade. Foi o responsável por elaborar o Código Penal da Baviera (1813), tendo sido um dos juristas que desenvolveu os ideais de Beccaria referentes à crítica das punições excessivas dos governos absolutistas. Feuerbach teve como principal contribuição seus estudos relacionados à finalidade da pena como prevenção geral pela coação psicológica sobre o criminoso.²

Feuerbach, já em 1801, conforme enuncia Rafael Mafei Rabelo Queiroz, fundamentou sua dogmática jurídico-penal em dois eixos: a) uma teoria do delito baseada no instituto penal da legalidade; b) uma teoria da pena que vinculava o “permissivo moral para a punição” com uma política penal utilitarista para a sua administração em concreto.³

¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 109.

² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 241.

³ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas dos Brasil**. 395 f. Tese (Doutorado em Direito) –

Inicialmente, Feuerbach era adepto da teoria de Kant, atrelada ao seu imperativo categórico. Depois, desvinculou-se de Kant, sustentando que a pena não seria uma sanção retribucionista, mas sim preventiva, o que fundamentou a sua teoria da coação psicológica da pena. A base da ameaça, assim, é a necessidade de se garantir segurança jurídica. A execução da sanção penal representa a materialização da coação psicológica (ameaça), que reafirma esta e lhe confere seriedade para o fim de mostrar a todos que não se trata de algo inócuo. Feuerbach adota uma posição determinista, não se utilizando do livre-arbítrio para sustentar o seu sistema.⁴

Para Feuerbach, segundo Luiz Regis Prado, “[...] o fundamento da pena radica na *coação psicológica*, que dá lugar à prevenção geral”.⁵ (grifo do autor) Como consequência de sua teoria, houve a elaboração latina – tridimensional – do princípio da reserva legal: a) *nulla poena sine lege* – a coação psicológica da punição penal deve estar anteriormente prevista na legislação; b) *nulla poena sine crimine* – o comportamento ameaçado deve estar igualmente determinada na lei; c) *nullum crimen sine poena legali* – a pena correspondente ao comportamento incriminado deve estar legalmente estabelecida.⁶

Assim, o objetivo da previsão da pena na lei é, segundo Feuerbach, a intimidação de todos os cidadãos que são tidos como possíveis agentes de lesões jurídicas. A sanção dentro do Estado é uma consequência jurídica lastreada na necessidade de manter os direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que preveja um “mal sensível”. Nesse diapasão, Feuerbach conclui que toda pena supõe previamente a existência de uma lei penal.⁷

2.2 ESCOLA CLÁSSICA

Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 361.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, arts 1o a 120. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

⁶ PRADO, loc. cit.

⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30.

A denominação Escola Clássica, originariamente reconhecida como Escola Jurídica Italiana, foi dada por Ferri, o maior representante da Escola Positiva.⁸

As ideias filosóficas e libertárias consolidadas pelo movimento iluminista, principalmente pelos postulados de Cesare de Beccaria, em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), foram as responsáveis por lastrear os fundamentos básicos da Escola Clássica, ideais estes que representaram uma verdadeira humanização do Direito Penal. As penas cruéis que eram constantemente utilizadas como sanções até meados do século XVIII fomentavam a necessidade de se efetuar uma grande revolução nos métodos punitivos da época.⁹

Nesse sentido, a partir da metade do século XVIII, conforme enuncia Cezar Roberto Bitencourt, “os filósofos, moralistas e juristas, dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.”¹⁰

Assim, com o advento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade e a consolidação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, procurava-se sistematizar e limitar os arbítrios do direito de punir estatal, que deveriam, necessariamente, se submeter ao império da lei.

A Escola Clássica se desenvolveu na Itália e encontrou expoentes em diversos países da Europa ao longo do século XIX, sendo que seus principais adeptos buscavam apresentar explicações acerca das causas do crime e dos efeitos da pena sob o aspecto jurídico. Houve dois grandes períodos: o teórico-filosófico e o ético-jurídico. O primeiro período, denominado teórico-filosófico, se desenvolveu sob nítida influência do movimento iluminista e apresentava caráter utilitarista. Procurou sustentar um Direito Penal baseado na necessidade social. Esse período teve origem com Beccaria e teve como representantes Filangieri, Romagnosi e Carmignani.¹¹

Segundo Romagnosi (1761-1835), o Direito Penal constitui um direito de defesa da sociedade, o que evidencia a sua aproximação com a reação penal de caráter utilitarista. O fim exclusivo, nesse aspecto, da pena seria a defesa social contra o crime, o que demonstra uma finalidade de prevenção (geral e especial). Por sua vez, Carmignani (1768-1847) reafirma a diferenciação entre os institutos da

⁸ DOTTI, 2013, p. 241.

⁹ BITENCOURT, 2014, p. 98.

¹⁰ BITENCOURT, 2004 apud Bitencourt, 2014, p. 98.

¹¹ Id., 2014, p. 99-100.

Moral e do Direito, entre um Direito natural e um Direito Político, considerando a pena como um obstáculo político ao crime que não se assemelha com as sanções de ordem natural ou moral. Defende que o real embasamento do Direito Penal é o da necessidade política, prevendo a pena como um meio para a prevenção de novos fatos criminosos.¹²

O segundo grande período da Escola Clássica é o denominado ético-jurídico, que se caracterizou pela prevalência, no âmbito penal, da metafísica jusnaturalista, a qual pressupunha uma ética de retribuição materializada pela sanção penal. Os principais adeptos desta segunda fase foram Pelegrino Rossi, Pessina e Francesco Carrara, o qual se apresenta como o precursor da dogmática penal.¹³

Nesse diapasão, Rossi (1787-1848) elaborou suas teses sob um rigoroso sistema em que se analisava os fundamentos do Direito Penal, da lei, do crime e da pena. O utilitarismo, que era a base do classicismo italiano no início, dá lugar a um moralismo metafísico. Seu sistema é desenvolvido a partir dos fundamentos de uma justiça moral. Por outro lado, Pessina (1828-1917) considerava que o direito negado pelo crime, que seria um “maljurídico”, deveria ser reafirmado por meio de uma pena em nome do organismo social.¹⁴

Francesco Carrara (1805-1888) é considerado como o principal representante da Escola Clássica. Foi discípulo de Carmignani, tendo este contribuído com aquele ao expor lições da teoria geral crime e noções sobre defesas criminais que fizeram com que ficasse responsável por patrocinar os interesses de condenados à pena de morte.¹⁵ Carrara definia crime como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.”¹⁶

Assim, para Carrara, o crime é constituído por uma força física e uma força moral, conceitos estes que, atualmente, poderiam ser comparados ao elemento objetivo e subjetivo do tipo penal. O fundamento essencial para o referido jurista era o Direito natural, que propagava direitos e deveres que deveriam ser compatibilizados de forma equilibrada pelo Estado. A pena seria “[...] a sanção do preceito ditado pela lei eterna: a qual sempre visa à conservação da humanidade e à

¹² DOTTI, 2013, p. 241-242.

¹³ BITENCOURT, 2014, p. 100.

¹⁴ DOTTI, op. cit., p. 242.

¹⁵ DOTTI, loc. cit.

¹⁶ CARRARA, 1986 apud PRADO, 2013, p. 99.

tutela dos seus direitos, sempre procede da norma do justo: sempre corresponde aos sentimentos da consciência universal.”¹⁷

Dessa forma, para que um indivíduo possa responder penalmente pelo ato criminoso, há a necessidade de verificar: se o sujeito deu causa material e moral voluntárias para a ocorrência do crime (imputabilidade moral); se ação era imputável ao agente enquanto comportamento reprovável; ocorrência de ofensividade social e previsão legal penal.¹⁸

O jurista René Ariel Dotti sintetiza que:

Como orientação filosófico-jurídica, a Escola de Carrara sustentou que: a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; b) o crime e a pena são entes jurídicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delinquente; c) o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, distinguindo entre imputáveis e inimputáveis; d) a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i.e., o “maljusto” como contragolpe ao “mal-injusto” praticado pelo criminoso.¹⁹ (grifo do autor)

Assim sendo, conclui-se que as principais premissas dos expoentes da Escola Clássica são: a) existência de um método essencialmente especulativo; b) imputabilidade penal alicerçada no livre-arbítrio e na responsabilidade moral; c) crime como um ente jurídico, segundo o conceito de Carrara; d) pena como retribuição por um mal causado e como uma forma de tutela jurídica; e) crimes e penas necessariamente cominadas na lei; f) conceito detalhado e taxativo das circunstâncias modificadoras do delito como as agravantes; g) atribuição de maior relevância ao delito do que à pessoa do infrator.²⁰

2.3 ESCOLA POSITIVA

A chamada Escola Positiva teve origem e desenvolvimento no final do século XIX em uma época de predominância dos pensamentos positivistas no âmbito da

¹⁷ CARRARA, 1971 apud BITENCOURT, 2014, p. 100.

¹⁸ PRADO, 2013, p. 99.

¹⁹ DOTTI, 2013, p. 243.

²⁰ MORAES, 2011, p. 111.

filosofia, da sociologia, das ciências biológicas, da estatística. As teorias evolucionistas de Darwin, Lamarck e Haeckel reproduziam o pensamento dominante, opondo-se ao racionalismo do período antecedente. Ideias naturalísticas foram introduzidas no campo da ciência jurídica e filosófica que buscavam interpretar e explicar cientificamente, segundo o princípio da causalidade, os fatos da vida individual e social.²¹

Nesse mesmo sentido, conforme lecionam Julio Fabbrini Mirabete e Renato Nascimento Fabbrini:

O movimento naturalista do século XVIII, que pregava a supremacia da investigação experimental em oposição à indagação puramente racional, influenciou o Direito Penal. Numa época de franco predomínio do pensamento positivista no campo da Filosofia (Augusto Comte), das teorias evolucionistas de Darwin e Lamarck e das ideias de John Stuart Mill e Spencer, surgiu a chamada *Escola Positiva*.²² (grifo do autor)

Assim, diante deste cenário, emergiu-se o movimento positivista no âmbito do Direito Penal, que procurava reformar as bases do sistema penal clássico, tido como um meio ineficaz de repressão da criminalidade. O movimento positivista sustentava a substituição do princípio da retribuição penal, baseado na ideia do livre-arbítrio, por um sistema de prevenção especial, fundado no estudo antropológico do ser humano criminoso e do delito como fato social.²³

A Escola Positiva se insurgiu em relação à necessidade de defender categoricamente o corpo social contra a ação do transgressor, dando prioridade aos interesses sociais em relação aos do indivíduo. Com isso, a ressocialização do delinquente foi deixada para um segundo momento, tendo a execução da pena assumido o papel de reação natural do organismo social contra a atividade transgressora dos seus componentes. O problema da responsabilidade e o fundamento do direito de punir são deixados de lado, sendo irrelevante a liberdade de ação e de decisão na prática do crime. O delito e o delinquente passam a ser compreendidos como patologias sociais, não importando mais a necessidade de se compreender a responsabilidade penal fundada em preceitos morais. A pena perde

²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 45.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p. 20.

²³ FRAGOSO, op. cit., p. 45.

seu caráter retributivo, assumindo um papel utilitarista. Os seus pressupostos não são a natureza e o grau de lesividade do crime, mas sim a personalidade do delinquente, sua aptidão para adaptação e o seu nível de periculosidade.²⁴

Salgado Martins enunciava que, para a Escola Positivista, interessava uma análise científica do delito, a sua natureza como fato humano e social, e não o seu significado jurídico, defendido por Carrara. O fim da sanção criminal não é a tutela do ordenamento jurídico, mas sim a defesa da sociedade.²⁵

Enrico Ferri esclarecia que “[...] o fato decisivo é que a escola criminal positiva se caracteriza essencialmente pelo *método científico*.”²⁶ (grifo do autor).

A Escola Positiva consistiu em três fases: a) a fase antropológica, que teve como grande expoente Cesare Lombroso (1835-1909); b) a fase sociológica, representada por Enrico Ferri (1856-1929); c) a fase jurídica, protagonizada por Rafael Garofalo (1851-1934).

Com relação à primeira fase, Lombroso defendia a ideia de que o homem em si não é livre, mas influenciado e determinado por forças atávicas. Afirmava que o método experimental aplicado ao estudo da criminalidade e a teoria do criminoso nato previam que o infrator era um primata ressuscitado por um fenômeno hereditário, atávico. Lombroso, em seus estudos, descobriu, ao submeter criminosos a exames clínicos, uma grande parcela de indivíduos portadores de certas anomalias de ordem anatômica, fisiológica, psicológica, as quais os tornavam inadaptáveis para a vida em sociedade. Esses delinquentes foram classificados como criminosos natos. Lombroso concluiu que todas as anormalidades da composição orgânica e mental do indivíduo delinquente fomentam uma impulsividade exacerbada e desequilibrada que originam toda a atividade anormal e delituosa. Enquadrou os delinquentes em: natos, passionais, loucos e de ocasião.²⁷

Segundo Fragoso, Lombroso teve o mérito de dar origem a chamada “Antropologia Criminal” ao ter iniciado os estudos antropológicos do homem delinquente, com o objetivo de estabelecer uma explicação causal de seu comportamento transgressor e antissocial.²⁸

²⁴ BITENCOURT, 2014, p. 103.

²⁵ MARTINS, Salgado. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 71.

²⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas-SP: Bookseller Editora, 1996. p. 62.

²⁷ PRADO, 2013, p. 100.

²⁸ FRAGOSO, 1995, p. 46.

A segunda fase, denominada de fase sociológica, teve como principal nome o jurista Enrico Ferri, tido como criador da sociologia criminal. Ressaltou a relevância do trinômio causal do crime, consistente em fatores antropológicos, sociais e físicos. Ferri acatava as ideias deterministas e entendia que o homem era responsável por viver em sociedade. Classificou os delinquentes em cinco tipos: o nato, nos mesmos termos de Lombroso; o louco, que seria o indivíduo portador de enfermidade mental; o habitual, que era resultado do meio social; o ocasional, que era representado pelo sujeito sem consistência de caráter e propenso à prática do delito; e o passional, que era representado pelo indivíduo honesto, mas que ostentaria um temperamento nervoso e uma sensibilidade mais acentuada. Ferri também dividiu as paixões em sociais, como, por exemplo, o amor e a piedade, que precisam ser estimuladas e tuteladas, e as antissociais, como, por exemplo, a inveja, o ódio, a ganância entre outros, as quais devem ser combatidas intransigentemente.²⁹

Ferri sintetiza que cabe a justiça penal garantir uma defesa social mais eficaz contra os delinquentes mais perigosos e uma defesa mais humana aos delinquentes menos criminosos, que compõem a maior parte da população.³⁰

Assim, antes de estudar o delito como entidade jurídica, era preciso estudá-lo e compreendê-lo como ação humana, ou seja, como um fenômeno natural e social, observando-se as suas causas tanto naturais como sociais e o analisando como expressão antissocial de uma dada personalidade criminosa. As causas do crime seriam as de ordem individual, orgânica e psíquica, as de ordem física e as de ordem social. Com isso, o delito não seria algo eminentemente decorrente da vontade humana, mas sim resultante dessas três ordens de causas naturais.³¹

Para combater a criminalidade em nome da defesa da sociedade, Ferri sustentava a necessidade de indagar as suas causas e procurar eliminá-las ou atenuá-las por intermédio de um conjunto de medidas denominadas “substitutos penais”, que se referem a reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, jurídica e política. Assim, o Estado deveria estimular a prevenção da criminalidade, tanto a prevenção indireta ou remota (eliminação ou diminuição das causas das transgressões) como a prevenção direta ou próxima

²⁹ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 21-22.

³⁰ FERRI, 1996, p. 66.

³¹ Ibid., p. 60-61.

(práticas policiais, segurança pública), sendo que aquela se revela como muito mais eficaz do que esta última.³²

No que concerne à fase jurídica da Escola Positiva, o seu principal representante, Rafael Garofalo, aduzia que há dois sentimentos básicos no homem: a piedade e a probidade (justiça). O delito, assim, seria sempre a violação desses sentimentos. Na sua obra “Criminologia”, realizou estudos quanto ao delito, ao criminoso e à pena, sustentando a chamada temibilidade do delinquente, que seria a perversidade frequente e ativa do criminoso e a quantidade do mal que se deve esperar e temer por parte dele.³³

Garofalo apresentou esse conceito de temibilidade do delinquente para servir de critério para a aplicação da pena, revelando-se pioneiro na designação de um instituto que seria posteriormente adotado em vários sistemas penais: a periculosidade. Sustentou, ainda, uma dupla via de intervenção do Estado perante o crime, isto é, a tutela da sociedade contra ataques semelhantes e a reparação do dano, assim como a redução da pena privativa de liberdade aos casos estrita e comprovadamente imprescindíveis e a utilização de substitutivos para os crimes mais leves. Defendeu, também, o dever de reparação do dano decorrente do erro judiciário por parte do Estado.³⁴

Deste modo, é possível vislumbrar, conforme explanou Luiz Regis Prado, as seguintes características comuns da Escola Positiva: a) o Direito Penal seria resultado do meio social, obra humana; b) a responsabilidade social decorre do determinismo da vida em sociedade, tendo por base a periculosidade do criminoso; c) o crime é um fenômeno social e natural, um conjunto de fatores físicos, individuais e sociais; d) a pena é tida como um meio de defesa social, com função preventiva; e) o método de análise e estudo é o indutivo ou experimental; f) o Direito Penal apresenta como objetos de estudo o delito, o delinquente, o processo e a pena.³⁵ Além disso, a Escola Positiva concluiu que o criminoso seria, sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente, cabendo à pena a função de recuperação ou neutralização.³⁶

³² FERRI, 1996, p. 62-63.

³³ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 22.

³⁴ DOTI, 2013, p. 246.

³⁵ PRADO, 2013, p. 102.

³⁶ MIRABETE; FABBRINI, op. cit., p. 22.

2.4 TERZA SCUOLA ITALIANA

A Escola Clássica e a Escola Positiva constituem duas correntes antagônicas de pensamento da dogmática jurídico-penal que apresentam posições bastante firmes e definidas. Após a consolidação de seus postulados, surgiram outras tendências jurídicas que buscavam uma posição intermediária entre os ideais das duas correntes, mas que não romperam completamente com as dogmáticas das escolas anteriores, originando as correntes ecléticas. Uma dessas correntes ecléticas foi a chamada *Terza Scuola Italiana*, que também foi denominado como escola crítica.³⁷

Nélson Hungria já previa o surgimento dos movimentos ecléticos ao analisar as diferenças entre a Escola Clássica e a Escola Positiva e lecionava que:

Ao excesso de objetivismo, substituía-se o excesso de subjetivismo. A *escola clássica* focalizava o crime e deixava na sombra o criminoso; a *escola positiva* invertia as posições: o criminoso era trazido para o palco, enquanto o crime ficava na retrocena. O classicismo fazia do crime uma *entidade abstrata*, e outra coisa não fazia do criminoso o positivismo, que, com as suas generalizações apressadas, achou de classificar aprioristicamente *tipos* de delinquentes, na absurda tentativa de comprimir a infinita variedade do psiquismo humano dentro de quadros esquemáticos. Na ulterior evolução jurídica, entretanto, afirmou-se a tendência transacional. Nem a predominância do elemento objetivo, nem a do elemento subjetivo, mas a conjugação de ambos. A fórmula unitária foi assim fixada: *retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*.³⁸ (grifo do autor)

Assim, a *Terza Scuola Italiana* surgiu justamente com o propósito de unificar as principais premissas das escolas anteriores. Os principais representantes desta escola foram Emanuele Carnevale (1861-1941) e Bernardino Alimena (1861-1915).³⁹

Uma das características dessa corrente de pensamento era compreender a responsabilidade penal baseada na imputabilidade moral, mas sem incluir o livre-arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico; o homem, nesse sentido, seria determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável o indivíduo que é capaz de se deixar influenciar pelos motivos. Os sujeitos que não possuíssem tal

³⁷ BITENCOURT, 2014, p. 107.

³⁸ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 1º a 10. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. I. t. I. p. 99.

³⁹ DOTTI, 2013, p. 247.

capacidade e discernimento seriam sancionados com medida de segurança. A imputabilidade se baseia na dirigibilidade da conduta humana e na intimidabilidade. Outra característica importante era a compreensão do delito em seu aspecto real, que se refere ao fenômeno natural e social. Outra característica essencial foi a ideia de que a pena teria uma função defensiva ou de garantia da preservação da sociedade.⁴⁰

Helena Fragoso considerava que a *Terza Scuola* não chegava a formar uma escola do pensamento penal, mas sim um conjunto de opiniões que permeavam o campo eclético e intermediário das correntes jurídico-penais. Fragoso afirmava que ela se aproximava das conclusões da escola de Von Liszt ao pressupor a negação do livre-arbítrio, a compreensão da pena como defesa jurídica, distinta da medida de segurança que se baseava na periculosidade do autor.⁴¹

Na mesma linha de raciocínio, Dotti esclarecia que essa terceira escola sustentava a manutenção da autonomia do Direito Penal, mas sem abandonar a importância da Filosofia do Direito, promovendo, simultaneamente, investigações antropológicas e sociológicas do crime. Não aceitava a tese do delinquente nato e a da fatalidade do crime. No que se refere à imputabilidade penal, desvinculava-se do livre-arbítrio e admitia que ela tinha que ser lastreada na capacidade de dirigibilidade do indivíduo, isto é, na sua capacidade para sentir a coação psíquica. Em relação à pena, suas ideias estão atreladas ao fato de que ela se justifica por uma necessidade social e política em razão de seus efeitos preventivos.⁴²

2.5 ESCOLA MODERNA ALEMÃ

Tendo como principal expoente o jurista Franz von Liszt (1851-1919), surgiu na Alemanha um outro movimento eclético denominado como Escola Moderna Alemã, Escola Político Criminal ou, ainda, Escola Sociológica Alemã, mais especificamente em 1888, quando foi criada a União Internacional de Direito Penal, com a colaboração de Adolphe Prins e Von Hammel. Essa organização pendurou até a Primeira Guerra Mundial, sendo que suas atividades foram reativadas em 1924

⁴⁰ PRADO, 2013, p. 103.

⁴¹ FRAGOSO, 1995, p. 49.

⁴² DOTTI, 2013, p. 247.

pela sucessora Associação Internacional de Direito Penal, que constitui a grande entidade internacional da ciência penal atualmente em atividade. Ela é destinada a incentivar e promover, por meio de seminários e congressos, análises científicas sobre temas de interesse das ciências penais.⁴³

Luiz Regis Prado, ao discorrer sobre as características da Escola Moderna Alemã, afirma que:

O ponto de partida é a neutralidade entre livre-arbítrio e determinismo, com a proposta de imposição de pena, com caráter intimidativo, para os delinquentes normais e de medida de segurança, para os perigosos (anormais e reincidentes), sendo esta última com o objetivo de assegurar a ordem social, como fim único da justiça.⁴⁴

Von Liszt propôs uma trégua entre a disputa ideológica entre clássicos e positivistas, procurando buscar pontos convergentes entre as duas famosas escolas na batalha contra o crime. Essa escola tinha como um dos princípios fundamentais a compreensão do Direito Penal como uma ciência independente que se destinava a exposição da dogmática do Direito vigente, utilizando-se do método lógico-abstrato. Outro pressuposto fundamental é o reconhecimento da Criminologia, da Penologia e da Política Criminal como ciências autônomas que aplicam métodos experimentais, embora estejam de certa forma vinculadas ao Direito Penal. Também, a imputabilidade se funda na responsabilidade penal, sendo que deve ser declarado culpado o indivíduo que tenha capacidade de se conduzir socialmente, sem adentrar profundamente no âmbito do livre-arbítrio e do determinismo. Admite, também, que para determinados tipos de criminosos, as medidas a serem aplicadas dependerão do grau de periculosidade dos indivíduos. O delito, para essa escola, é compreendido, simultaneamente, como um conceito jurídico oferecido pelo Direito Penal e como um fenômeno da natureza, sujeito a investigações criminológicas quanto às suas causas, origens e sua apresentação. Quanto ao combate ao crime, essa escola sustentava que deveriam ser utilizadas tanto a pena como a medida de segurança.⁴⁵

⁴³ BITENCOURT, 2014, p. 108.

⁴⁴ PRADO, 2013, p. 103.

⁴⁵ DOTTI, 2013, p. 247-248.

Segundo Heleno Fragoso, von Liszt sustentava a necessidade da elaboração de estudos em torno das causas da criminalidade para o fim de que a pena, como meio de repressão ao crime, possa ser colocada em seu devido lugar. Liszt opôs-se aos ideais de Lombroso, rejeitando a ideia do delinquente nato e afirmando que nas relações sociais é que se encontravam as origens da criminalidade. Liszt também negava o livre-arbítrio, substituindo a pena retributiva pela defensiva, que deveria ter sua aplicação vinculada a personalidade do transgressor, ou seja, uma pena de caráter finalista, prevalecendo a ideia de prevenção especial. Estudava-se o delito não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também antropológico e sociológico, afirmando que a função da pena seria definitivamente o combate ao delito tido como fenômeno social. Liszt distinguia de maneira clara o Direito Penal da ciência criminológica. Fundamentava a imputabilidade com base na normalidade da determinação da pessoa. Seria imputável apenas o sujeito capaz de se autodeterminar normalmente, deixando o livre-arbítrio para o plano filosófico.⁴⁶

Von Liszt também foi o responsável, conforme Cezar Bitencourt, pela segunda versão do positivismo jurídico, tendo dividido a utilização de um método descritivo e classificatório, que excluía o filosófico e os juízos de valor, mas se diferenciava ao mostrar vinculações à consideração da realidade experimental não jurídica. O positivismo de Liszt se caracterizou como um positivismo jurídico com tonalidades naturalísticas.⁴⁷

Nesse sentido, Liszt foi responsável por sistematizar o Direito Penal, estruturando-o de maneira complexa, admitindo a fusão com outras ciências como a criminologia e a política criminal. Assim, pode-se afirmar que a moderna teoria do delito surgiu com Liszt, que enfatizava o conteúdo político-dogmático da finalidade do Direito Penal, que deve se orientar conforme o seu fim, isto é, segundo o objetivo a que se destina. Dessa forma, o Direito Penal deve demonstrar uma eficácia útil, devendo ser registrado e atraído pela estatística criminal. Para o jurista, a pena justa seria a pena necessária e deve assumir o caráter de prevenção especial. Com relação às demais ciências penais, sustentou que a Criminologia teria o objetivo de descrever e explicar as causas do crime, enquanto a Penologia seria a responsável por analisar as causas e os efeitos da pena.⁴⁸

⁴⁶ FRAGOSO, 1995, p. 48-49.

⁴⁷ BITENCOURT, 2014, p. 109.

⁴⁸ BITENCOURT, loc. cit.

No que se refere às noções acerca da pena, Liszt propunha uma definição finalística com relação à defesa social. Essa chamada “pena fim” deveria entrar no lugar da pena retributiva, originariamente defendida pelos clássicos, ajustando-se à natureza do próprio delinquente.⁴⁹

As principais características da aludida escola penal são: a) a diferenciação entre o Direito Penal e as demais ciências criminais como a Criminologia; b) o estabelecimento do método lógico-abstrato para o Direito Penal e o indutivo-experimental para as demais ciências criminais; c) o estudo do delito como um fator humano e social e um fato jurídico; d) a distinção entre a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de combate ao crime; f) a característica defensiva da pena, voltada e direcionada de acordo com a personalidade do criminoso (pena finalística), admitindo a coexistência entre prevenção geral e especial, com predominância desta última; g) eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração; e h) a formação da política criminal.⁵⁰

2.6 O NEOKANTISMO

O neokantismo constituiu um movimento de orientação filosófica de reação à mentalidade positivista do final do século XIX, mas não implicou, necessariamente, na sua negação. Procurou diferenciar as ciências pelo seu método, sustentando a total separação entre conhecimentos “puros”, denominados *a priori*, e conhecimentos empíricos, conhecidos como *a posteriori*. Com relação ao Direito, houve a separação entre os chamados mundos do “ser” e do “dever ser.”⁵¹

Ao contrário dos positivistas, que davam maior importância ao “ser” do Direito, os adeptos do neokantismo defendiam um conceito de ciência jurídica que atribuía maior valor ao “dever ser”, substituindo o método indutivo e formalista do positivismo para o fim de compreender melhor o conteúdo dos fenômenos e das categorias jurídicas. O movimento neokantista levava em consideração o aspecto valorativo do

⁴⁹ DOTI, 2013, p. 248.

⁵⁰ PRADO, 2013, p. 104.

⁵¹ BITENCOURT, 2014, p. 115-116.

campo jurídico, não fazendo, entretanto, deste aspecto um objeto de estudo em si mesmo.⁵²

Assim, no interior da ciência do “dever ser” se encontrava o Direito, que era tido como uma ciência formulada a partir de uma dimensão valorativa, de um “querer”. Segundo o neokantismo, o direito posto não possui um valor inerente, objetivo, que pode ser identificado e explicado. As normas jurídicas seriam determinadas por valores que lhes eram prévios e que influenciavam não apenas o momento de sua edição, mas também os próprios legisladores. Assim, a ciência jurídica seria resultado da influência cultural.⁵³

Nesse contexto, a cultura, na concepção de M.E. Mayer, seria composta pelas regras sociais ou culturais que a sociedade estabelece em seu próprio benefício, sendo que as normas jurídicas seriam compreendidas como normas de cultura tuteladas pelo poder do Estado.⁵⁴

Um de seus principais representantes, Rudolf Stammler, sustentava que o Direito não deveria ser tratado pela dimensão da causalidade, por não fazer parte do mundo natural em que o passado determina o futuro. O Direito deveria integrar o mundo teleológico, do “querer”, da finalidade, constituindo uma ciência finalista, que possui lógica e métodos próprios.⁵⁵

Stammler defendia a ideia de que a ciência jurídica pressupõe um método desenvolvido que resulta da relação entre meio e fim, em que o temporalmente posterior, ou seja, o fim, seria capaz de condicionar o temporalmente anterior (o meio). Diante disso, o Direito deveria estimular e construir uma ciência de fins humanos, isto é, o Direito deve apreender e orientar os seus fins, segundo um plano claro e constante.⁵⁶

A autonomia da metodologia da ciência jurídica se consubstanciaria numa lógica de fins, baseada na apreensão e orientação dos fins, conforme um plano constante.⁵⁷

Para Radbruch, a atitude metodológica do Direito que deve se vincular ao aspecto valorativo, ainda que o objeto de estudo siga sendo definido pelo direito positivo. Assim, continuaria sendo imprescindível a atividade de interpretação

⁵² BITENCOURT, 2014, p. 116.

⁵³ BUSATO, 2013, p. 224.

⁵⁴ PRADO, 2013, p. 116.

⁵⁵ Ibid., p. 113.

⁵⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 117.

⁵⁷ BUSATO, op. cit., p. 224.

hermenêutica de caráter valorativo, porém devendo ser levado em considerado a análise das normas válidas e em vigência. Assim, o foco de estudo do Direito é a ordem jurídica positiva.⁵⁸

A corrente do neokantismo que teve como grandes expoentes Rickert, Mayer, Radbruch e Sauer, que compunham a chamada Escola de Baden, a qual atribuía ao Direito uma realidade cultural, ou seja, relacionada a valores, foi a que ofereceu uma melhor abordagem e entendimento dos institutos jurídico-penais como conceitos valorativos, sem abandonar o caráter científico. Esses novos enfoques metódicos do neokantismo seriam utilizados na dogmática penal, promovendo uma reinterpretção de todos os conceitos da teoria jurídico-penal. Com isso, a necessidade de oferecer um conteúdo material ao Direito Penal, de caráter valorativo, levou a uma alteração relevante na configuração do sistema e da lógica penal. Por meio do método neokantista, o processo de conhecimento das categorias do sistema rompeu com a compreensão *a priori* da realidade, e passou a depender e ser condicionado pelos fatos históricos, sociais e culturais de cada meio social. Essa visão alterou significativamente a compreensão valorativa da causalidade na teoria geral do delito, o que possibilitou a inserção de elementos subjetivos no tipo, a incorporação de conteúdo material à antijuridicidade e a formulação de uma concepção normativa da culpabilidade.⁵⁹

Nesse sentido, Regis Prado aduz que:

A orientação causal-naturalista cede lugar à causalista *valorativa*, dando nascimento ao conceito *neoclássico de delito*. Envolve o conceito de ação igualmente a omissão e a noção de tipicidade se vê enriquecida por elementos valorativos (*v.g.*, elemento normativo). Ademais, com a descoberta dos elementos subjetivos do injusto reexamina-se o conteúdo do típico e da ilicitude, que passa a ser vista também sob o prisma material (*v. g.*, dano social). Por último, o conceito de culpabilidade se transforma (teoria normativa de Frank) de exclusivamente psicológico para psicológico-normativo (reprovabilidade pessoal do agente).⁶⁰ (grifo do autor)

Ocorre que essas repercussões no campo penal ocasionadas pelo neokantismo foram levadas ao extremo, de modo que a atribuição de caráter valorativo ao Direito Penal resultou em um subjetivismo epistemológico e em um

⁵⁸ BUSATO, 2013, p. 224-225.

⁵⁹ BITENCOURT, 2014, p. 117.

⁶⁰ PRADO, 2013, p. 117.

relativismo axiológico, os quais eram difíceis de se defender e sustentar, eis que, embora tenha contribuído com a ruptura com o formalismo e o pragmatismo do positivismo, os métodos neokantistas não fizeram com que os aspectos de conhecimento da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) atingissem conceitos estáveis. Deste modo, o neokantismo não chegava a oferecer um conteúdo normativo preciso, que se mostrava como imprescindível para se alcançar a segurança jurídica na aplicação do Direito Penal.⁶¹

2.7 CAUSALISMO E FINALISMO

A teoria causalista, também conhecida como causal naturalista, teoria clássica, teoria naturalística ou teoria mecanicista, surgiu no final do século XIX com as ideias de Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch. Estava imersa no contexto cientificista do positivismo, o qual valorizava os métodos utilizados pelas ciências da natureza, em que prevaleciam as leis da causalidade, no âmbito da relação de causa e efeito. Os estudos não deveriam partir de abstrações, mas sim da experimentação dos fenômenos a partir dos sentidos. Diante deste cenário, o Direito acaba tendo como um de seus papéis o de atender à precisão das ciências naturais, o que resulta na formulação da ideia clássica de conduta, que seria o mero movimento causal sem qualquer finalidade.⁶²

Ao se referir ao conceito de conduta para a teoria causalista, Rogério Sanches Cunha conceitua que “trata-se de um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior *perceptível pelos sentidos*.”⁶³ (grifo do autor)

Na mesma linha, Damásio de Jesus esclarece que a teoria causal naturalista “conceitua conduta como um comportamento humano voluntário no mundo exterior, consistente num fazer ou não fazer, sendo estranha a qualquer valoração.”⁶⁴

Assim, conduta seria um processo muscular, mecânico e voluntário, que

⁶¹ BITENCOURT, 2014, p. 117-118

⁶² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev., ampl e atual. Salvador, Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 174.

⁶³ CUNHA, loc. cit.

⁶⁴ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 270.

exclui o ato reflexo, não havendo a necessidade do fim a que essa vontade se dirige. Revela-se suficiente que haja a certeza de que o sujeito atuou de maneira voluntária, sendo prescindível apurar o que agente realmente queria, para se concluir que praticou uma ação típica. Os adeptos dessa teoria não negam que a conduta implica em uma finalidade, mas defendem que, para haver uma ação típica, há a necessidade de se analisar o comportamento humano sem qualquer apreciação de sua ilicitude ou culpabilidade. Dessa forma, os causalistas consideram que a ação representa a manifestação da vontade sem qualquer conteúdo finalista, devendo esta finalidade ser analisada como elemento da culpabilidade.⁶⁵

A vontade, na teoria causalista, é formada por um elemento externo (o movimento mecânico do agente) e por um aspecto interno (a vontade de fazer ou não fazer). A ação seria constituída por movimento mecânico corpóreo, vontade e resultado, entretanto a vontade não estaria relacionada à finalidade do agente, apreciada na culpabilidade.⁶⁶

Surgiram críticas a essa teoria, principalmente por parte dos finalistas, como Hans Welzel, que apontava a inadequada compreensão do crime na modalidade culposa, haja vista que o elemento essencial de análise de tal crime não se encontra na causação do resultado, mas na violação ao dever objetivo de cuidado que incumbia ao agente. Além disso, há também o esvaziamento do conteúdo da vontade, que é responsável por antecipar as consequências possíveis de um ato voluntário e que direciona o processo corporal externo, transformando-a em mero reflexo do fenômeno causal.⁶⁷ Não havia diferença entre uma ação dolosa ou culposa quando o resultado da prática dos crimes fosse o mesmo.

No que se refere ao finalismo, que teve como grande precursor Hans Welzel, a ação passou a ser compreendida como a prática de uma atividade final. Seria todo comportamento humano voluntário, dirigido a uma determinada finalidade, a qual pode ser ilícita, quando o agente atua com dolo de infringir uma determinada conduta proibida, ou lícita, que se refere a uma conduta em que o agente não queria cometer crime algum, mas que por imprudência, negligência ou imperícia provoca

⁶⁵ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 88.

⁶⁶ CUNHA, 2015, p. 175.

⁶⁷ DOTTI, 2013, p. 405.

um dano tipificado penalmente.⁶⁸

Bitencourt aduz que “a atividade final – prosseguia Welzel – é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso.”⁶⁹

O conceito de ação para o finalismo seria, em um primeiro momento, orientado pelas estruturas lógico-objetivas ou lógico-concretas do objeto que se pretende conhecer. A doutrina finalista decorre da utilização do método ontofenomenológico no âmbito penal, opondo-se ao método errôneo da doutrina causalista de separação entre a vontade e o conteúdo desta.⁷⁰

A especificidade da conduta humana, para os finalistas, reside na finalidade, isto é, o agir orientado conscientemente para um fim previamente estabelecido. Assim, uma das características da conduta humana seria a sua dirigibilidade, ou seja, um determinado acontecimento só poderá ser atribuído para um certo agente quando produto de sua própria vontade. A finalidade, em sua estrutura ontológica, subordina a concreta atribuição de resultados. Por estas razões, a conduta finalista (ação ou omissão) apresenta-se como base material o ser sobre o qual recaem juízos de valor que lhe dão pleno sentido. Nesse sentido, tem-se que a estrutura da ação humana condiciona a incidência de juízos de valor que, para terem sentido, devem ter como objeto de aplicação precisamente aquela, conferindo-lhe significação social.⁷¹

Com isso, conforme assinala Welzel, desenvolve-se o “princípio estrutural, geral, das ações humanas, quer dizer, sua direção em razão de um fim antecipado mentalmente (juntamente com a seleção dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes) e a sua realização nesse sentido.”⁷²

Jorge de Figueiredo Dias assinala que:

A verdadeira ‘essência’ da acção humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes: toda a acção humana é assim

⁶⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 205.

⁶⁹ BITENCOURT, 2014, p. 120.

⁷⁰ PRADO, 2013, p. 333.

⁷¹ Ibid., p. 333-334.

⁷² WELZEL, 1968 apud PRADO, 2013, p. 334.

supradeterminação final de um processo causal. Eis a 'natureza ontológica' da acção, a partir da qual todo o sistema do facto punível haveria de ser construído.⁷³

É a consciência da finalidade do agente, isto é, a vontade final da acção que disciplina e dirige o seu curso causal.

No âmbito da atividade humana, o agente estabelece mentalmente um determinado objetivo e, na sequência, para alcançá-lo, desencadeia uma série de processos causais dirigidos por ele, de maneira consciente, na direção da finalidade almejada. Os fins são, nesse sentido, concebidos e determinados de modo racional. Denota-se que o ser humano, devido ao conhecimento causal, a sua experiência acerca do funcionamento das relações sociais no mundo, tem a capacidade de prever dentro dos limites fornecidos pelo seu campo cognitivo as consequências prováveis da prática de suas ações ou omissões. Com isso, apenas os processos causais previsíveis ou passíveis de serem abrangidos pelo dolo do sujeito podem lhe ser imputados penalmente.⁷⁴

A vontade finalista é inerente a ação humana. O que os causalistas chamavam de conteúdo da vontade, o qual está relacionado com a vontade direcionada a produção de um determinado objetivo, pertence à conduta, que constitui o primeiro elemento do fato típico. Nesse aspecto, a vontade é composta pelo objetivo que o agente pretende atingir, os meios utilizados e as consequências de caráter secundário.⁷⁵

Ocorre que as ideias finalistas da conduta não se ocupam apenas do conteúdo da vontade (o dolo), que corresponde à vontade de realizar as características objetivas descritas no tipo penal, mas também do elemento culpa. O Direito não tem como escopo apenas o fim de tutelar e impedir que o ser humano não pratique condutas dolosas, mas também que empreenda em suas ações uma orientação finalista capaz de obstar a produção de resultados danosos. As condutas que produzem um resultado causal e estejam relacionadas à inobservância do mínimo de direção finalista de modo a impedir a produção de tal consequência são classificadas como crimes culposos.⁷⁶

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 245.

⁷⁴ PRADO, 2013, p. 337.

⁷⁵ JESUS, 2012, p. 274.

⁷⁶ Ibid., p. 275.

A partir de um determinado momento da evolução da teoria epistemológica do Direito Penal, as correntes doutrinárias defendiam que a antijuridicidade apresentava apenas caráter objetivo, não dependendo, portanto, da vontade do agente. Essa concepção durou até o momento em que foram descobertos os chamados elementos subjetivos do injusto, expressão adotada pelos que analisavam a ilicitude concretizada no tipo, como Mezger. Partindo dessas ideias, Welzel concluiu que não apenas a intenção, bem como o dolo, nesses casos, pertenceria à ação e ao tipo. Nesse diapasão, somente em um momento posterior à análise do conteúdo da vontade é que se pode afirmar que houve a prática de determinado tipo penal, o que permite concluir que a vontade final, ou seja, o dolo, integra o tipo, funcionando como elemento subjetivo deste. Com isso, o fato típico é composto por duas partes: uma subjetiva, de caráter finalístico, e outra objetiva, de cunho causal, orientado por aquela.⁷⁷

Ao deslocar para o fato típico, o dolo passa a ser composto por dois elementos: consciência e vontade, passando o tipo, desta forma, a ter duas dimensões: a objetiva, composta pela conduta, pelo resultado, pelo nexos causal e pela adequação típica, e a subjetiva, que compreende o dolo e a culpa.⁷⁸

Assim sendo, com o advento da teoria finalista, há a necessidade de se destacar as seguintes mudanças efetuadas nos eixos da dogmática jurídico-penal: a) inserção do dolo (sem a consciência da ilicitude) e da culpa nos tipos penais de injusto; b) o conceito pessoal de injusto, que considera os elementos pessoais (relativos ao autor), o desvalor pessoal da conduta do indivíduo, que se manifesta pelo dolo do tipo ou pela culpa, e que ao desvalor da ação corresponde um desvalor de resultado, materializado na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico; c) o esvaziamento do elemento da culpabilidade, que passa a ter caráter puramente normativo; d) análise e tratamento do erro de tipo e do erro de proibição.⁷⁹

2.8 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO

⁷⁷ JESUS, 2012, p. 275-276.

⁷⁸ CUNHA, 2015, p. 180.

⁷⁹ PRADO, 2013, p. 339.

As teorias funcionalistas do Direito Penal, em especial a teleológica, representada por Claus Roxin, e a sistêmica, representada por Günther Jakobs, caracterizam-se pelo rompimento com o paradigma anterior do finalismo, adotando uma preocupação mais pragmática e oposta à excessiva abstração do modelo anterior, principalmente em relação ao ontologismo do finalismo. O funcionalismo pretende interpretar e direcionar a dogmática jurídico-penal segundo as funções político-criminais do Direito Penal, atribuindo-lhe um caráter funcional.⁸⁰

Paulo Busato, ao discorrer sobre o panorama geral das correntes funcionalistas e do paradigma da dogmática penal anterior, destaca que:

O raciocínio é absolutamente consentâneo com a ideia de preocupação com as consequências da aplicação do Direito penal. Já não se trata de aplicar o sistema de imputação tendo como único objetivo o enquadramento do fato no sistema, gerando uma realidade de imputação imutável e presumivelmente verdadeira. Trata-se, melhor, de partir das funções que cumpre ou que deve cumprir o Direito penal para, através delas, determinar a configuração dos elementos que compõem a teoria do delito.⁸¹

Sanches Cunha, ao analisar essas novas correntes que pressupõem a necessidade do Direito Penal ter uma missão e que os seus institutos devem ser compreendidos em função dela, dispõe que estas “são teorias funcionalistas, na medida em que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida. Visualizam o Direito Penal como uma função inserida na ordem jurídica.”⁸²

O estudo da dogmática jurídico-penal, nesse sentido, deve ser pautado na realização e consecução de seus objetivos e das suas funções no âmbito da sociedade, vinculando-se às suas finalidades político-criminais, e não aos seus aspectos exclusivamente ontológicos.

No que concerne à teoria do funcionalismo teleológico, Roxin, seu principal expoente, salienta que no Direito Penal orientado teleologicamente “as finalidades reitoras que constituem o sistema jurídico-penal só podem ser de tipo político-criminal, já que naturalmente os pressupostos da punibilidade devem ser orientados aos fins do Direito Penal.”⁸³

⁸⁰ MORAES, 2011, p. 125.

⁸¹ BUSATO, 2013, p. 239.

⁸² CUNHA, 2015, p. 182.

⁸³ ROXIN, 1997 apud PRADO, 2013, p. 122.

Para essa corrente doutrinária, deve-se definir o sistema penal observando os critérios de orientação teleológicos ou finalísticos oriundos das decisões político-criminais, outorgando à dogmática uma função político-criminal. Para cada uma das categorias do delito se atribuem funções político-criminais como: a) uma função limitativa para a ação; b) uma função preventivo-geral e garantista ao tipo; c) uma solução de conflitos sociais e de uniformidade da ordem jurídica à antijuridicidade e realizadora da função político-criminal da finalidade da pena atribuída à culpabilidade.⁸⁴

Roxin pressupõe a ideia de que o Direito Penal tem a missão associada à proteção subsidiária de bens jurídicos e que a pena deve ter um caráter de prevenção geral e especial. O Direito Penal é tido como instrumento de *ultima ratio* vinculado à proteção dos bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento do ser humano em sociedade. Em razão de tal fato, surge a necessidade de associar a fundamentação das categorias do crime a um fundamento material e concreto de ofensa ao bem jurídico.⁸⁵

Desta forma, o funcionalismo teleológico compreende o conceito de conduta como uma ação voluntária, causadora de relevante e intolerável ofensa ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. O crime, para Roxin, é constituído por três elementos: fato típico, antijuridicidade e responsabilidade. A culpabilidade, nesse caso, deixa de pertencer diretamente ao conceito de delito, servindo, para Roxin, como uma limitação funcional da pena (culpabilidade funcional). Já a responsabilidade é composta pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato, exigibilidade de conduta diversa e a necessidade de pena. Assim, ao se concluir pela responsabilidade do agente, incide a culpabilidade como verdadeiro limite da sanção penal.⁸⁶

Por sua vez, a pena, para Roxin, possui um duplo aspecto: o preventivo geral, compreendido dentro de uma perspectiva positiva limitadora, isto é, que possui a função de gerar o efeito positivo da permanência da proteção ao bem jurídico por intermédio da afirmação da continuação da vigência da norma ameaçada, e o

⁸⁴ PRADO, 2013, p. 122.

⁸⁵ BUSATO, 2013, p. 240-241.

⁸⁶ CUNHA, 2015, p. 183.

preventivo especial referente ao controle da ressocialização do indivíduo ou, ao menos, o controle de sua eventual dessocialização.⁸⁷

Deste modo, conclui-se que Roxin, nas concepções de sua teoria, busca revelar que o Direito Penal não deve ser desenvolvido e estruturado sem que haja uma análise dos efeitos que gera na sociedade sobre a qual incide, ou seja, não pode ser estruturado distante da realização dos fins que o legitimam. Com isso, Roxin defende que quando as soluções que se chegam no caso concreto não apresentem resultados satisfatórios, mediante a aplicação dos conceitos abstratos decorrentes da sistematização da dogmática, elas podem ser adequadas e corrigidas conforme os princípios garantistas e os fins político-criminais do sistema. O Direito Penal, portanto, passa a ser estruturado a partir de finalidades valorativas.⁸⁸

Com essa adesão do sistema penal aos aspectos valorativos, verifica-se um certo resgate aos fatores metodológicos do neokantismo, porém readequado aos princípios garantistas limitadores da ingerência penal estatal e à finalidade preventivo-geral da pena, o que conduz o sistema para uma normatização dos conceitos e um afastamento do ontologismo, gerando uma flexibilidade do conteúdo dos elementos sistemáticos do delito, que antes eram estudados a partir de um rigoroso procedimento de elaboração e análise dogmática, inerente ao finalismo. Nesse sentido, surgem críticas ao modelo funcional-teleológico como o fato de ostentar um menor grau de rigor e cientificidade nas suas análises e estudos no momento em que direciona o Direito Penal para atender a certas finalidades e valores, que se modificam com as transformações do meio social e cultural, distanciando-se de uma suposta neutralidade e imutabilidade das elaborações dogmáticas.⁸⁹

2.9 FUNCIONALISMO SISTÊMICO

⁸⁷ BUSATO, 2013, p. 241.

⁸⁸ BITENCOURT, 2014, p. 123.

⁸⁹ Ibid., p. 124.

A outra corrente funcionalista da doutrina penal é o chamado funcionalismo sistêmico, idealizado por Günther Jakobs, seu principal teórico. Jakobs propõe um modelo de estudo do delito e dos fins da pena baseado na ideia da estabilização da norma. Nesse sentido, o Direito Penal teria como principal objetivo o restabelecimento da vigência normativa e a estabilização das expectativas sociais.⁹⁰

Günther Jakobs assenta a sua teoria do funcionalismo sistêmico na chamada teoria dos sistemas sociais desenvolvida pelo sociólogo Niklas Luhmann. A teoria dos sistemas teve origem nas ciências naturais, em especial nos estudos de Humberto Maturana e Francisco Varela. Esses pesquisadores, ao estudar a organização dos seres vivos, conceberam-no como um sistema autopoietico. Um sistema autopoietico é aquele que “produz continuamente a si mesmo”, por meio de interações com o seu meio, buscando a sua manutenção e congruência interna de modo a preservar constantemente a sua estabilidade.⁹¹

Luiz Regis Prado assinala que:

O funcionalismo sistêmico tem origem no campo das ciências biológicas, especialmente na biologia molecular, nos anos 70 do Século XX, graças aos estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, passando, depois, ao domínio das ciências sociais (sistemas sociais como sistemas autorreferenciais de comunicação), por obra do sociólogo Niklas Luhmann.⁹²

Assim, essa noção autopoietica biológica é atribuída ao âmbito dos fenômenos sociais, que passam a ser concebidos como fator de autorreferência e circularidade (autoprodução e reprodução), características, portanto, não apenas inerentes aos organismos biológicos, mas também aos sistemas sociais. Essa característica autopoietica é a justificativa para que haja a autorreprodução de um sistema, o qual é o responsável por gerar a sua própria estrutura e os elementos que o constituem. O sistema parte de um fato de autorreferência no sentido de produzir e reproduzir os seus elementos devido a uma sequência ordenada e fechada de interações. Os sistemas autopoieticos, assim, são auto-organizados e aptos a gerar a sua própria ordem interna, além de serem autorreprodutivos, ou seja, capazes de originar seus próprios elementos. A autorreferência do sistema vem a ser o fator de

⁹⁰ BUSATO, 2013, p. 12-13.

⁹¹ Ibid., p. 243.

⁹² PRADO, 2013, p. 123.

origem da ordem sistêmica, isto é, de sua estrutura, e das unidades sistêmicas (elementos). Segundo Luhmann, os sistemas sociais são sistemas e suas bases reprodutivas são os seus sentidos, sendo que as suas unidades constitutivas são comunicações e não indivíduos.⁹³

A sociedade, na concepção de Luhmann, encontra-se subdivida e organizada em sistemas e subsistemas de caráter autopoietico, isto é, sistemas fechados e autorreferentes. Assim, o ordenamento jurídico constitui um subsistema do sistema social global responsável por preservar a sua identidade, composta por normas, e reduzir as complexidades das relações sociais.⁹⁴

Juarez Tavares, ao discorrer sobre a operacionalidade dos sistemas, dispõe que:

Acolhendo-se essa relação sociedade/direito com base nas operações jurídicas, tem-se que a unidade do sistema jurídico se produz e reproduz por meio dessas operações do sistema, portanto, segundo um modelo fechado. Entretanto, a operacionalidade que produz e reproduz o sistema social é a comunicação dotada de sentido. Isto quer dizer que o sistema jurídico, como subsistema social, utiliza a operatividade da comunicação, de modo a não poder fazer algo, senão constituir suas normas como meios de comunicação dotada de sentido.⁹⁵

No interior do subsistema jurídico encontram-se outros subsistemas como o subsistema do Direito Penal, que devido ao caráter autorreferente e autopoietico, tem como objetivo a sua própria manutenção e subsistência como sistema. Dessa forma, o Direito Penal não deve ser concebido como um mecanismo de controle social, mas sim de conservação do sistema ao qual se encontra vinculado, ou seja, visa à preservação da estabilidade da sociedade. Com isso, o Direito Penal procura promover a estabilização das normas, que constituem os seus principais elementos estruturantes. O sistema penal orienta-se conforme a finalidade da prevenção geral positiva da pena, que se revela como uma forma de reação necessária para retomar a confiança da população quanto a norma violada pelo transgressor. A pena serve,

⁹³ PRADO, 2013, p. 123-124.

⁹⁴ BUSATO, 2013, p. 243-244.

⁹⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 60.

nesse aspecto, para demonstrar ao autor do delito e aos demais cidadãos que a norma, mesmo violada, permanece vigente.⁹⁶

Günther Jakobs esclarece que “*a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma.*”⁹⁷ (grifo do autor)

Dessa forma, a pena surge como uma forma de demonstração da eficácia da norma penal violada, não sendo considerada, meramente, no sentido retributivo como uma forma de inflicção de um mal em razão da prática de um mal materializado pelo delito, mas sim como um mecanismo de estabilização da norma ofendida.⁹⁸

Bitencourt, ao analisar esse panorama acerca da finalidade da pena, afirma que “sob essa perspectiva, Jakobs sustenta que o Direito Penal deve ser entendido e sistematizado em função dessa finalidade, ou seja, em função da *reafirmação da vigência da norma.*”⁹⁹ (grifo do autor)

Para Jakobs, apenas seriam garantidas e tuteladas pelo Direito Penal as normas cuja observância se revela imprescindível para a preservação da “organização social essencial”.¹⁰⁰

Diante disso, verifica-se que o Direito Penal assume um papel decisivo e imprescindível para a conservação e manutenção da sociedade e do próprio Estado, eis que garante a preservação das expectativas indispensáveis para o funcionamento do sistema social.¹⁰¹

Sob essas perspectivas, a conduta humana passa a ser compreendida como o comportamento humano voluntário desencadeador de um resultado evitável, violador do sistema, que frustra e prejudica as expectativas normativas. Jakobs concebe a culpabilidade como o terceiro elemento do conceito analítico do delito, que é compreendido como fato típico, antijurídico e culpável. Ainda, a culpabilidade, por sua vez, é constituída pela imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.¹⁰²

⁹⁶ BUSATO, 2013, p. 244.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Garcélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 27.

⁹⁸ Ibid., p. 21.

⁹⁹ BITENCOURT, 2014, p. 125.

¹⁰⁰ JAKOBS, op. cit., p. 24.

¹⁰¹ BITENCOURT, op. cit., p. 125.

¹⁰² CUNHA, 2015, p. 184.

Jakobs conceitua como “tipo de injusto” o conjunto de elementos que fazem com que o comportamento humano, desamparado por qualquer causa justificante, seja tido como intolerável socialmente.¹⁰³

Por outro lado, Jakobs considera que o tipo constitui um mero indício de antijuridicidade e critica as teorias que defendem a sua unificação com a ilicitude. Apesar disso, Jakobs conclui que não há como separar da caracterização do comportamento intolerável socialmente a ausência de uma norma permissiva de justificação. A diferenciação entre tipo penal e antijuridicidade só seria relevante na identificação da categoria de erro que poderia surgir de uma falsa representação pelo agente quanto ao que a lei veda de maneira geral e o que ela autoriza de modo especial.¹⁰⁴

No que tange à culpabilidade, seu papel na teoria do delito seria o de caracterizar que a motivação do autor se enquadra em uma daquelas que se encontram em desacordo com as normas legais, fazendo surgir o conflito. Com isso, havendo esse déficit de motivação jurídica, há a necessidade de se castigar o transgressor.¹⁰⁵

Ressalte-se que as ideias defendidas por Jakobs não se encontram isentas de críticas por parte da doutrina. Paulo Busato destaca que as propostas de Jakobs fazem com que a norma passe a ser o centro norteador do Direito Penal, e não mais o indivíduo que, apesar de ser o destinatário da norma, é deslocado para uma posição mais periférica do sistema de imputação.¹⁰⁶

Outra crítica é que o funcionalismo sistêmico de Jakobs pode tornar difícil qualquer tentativa de estabelecer limites ao poder punitivo do Estado para atender aos interesses sociais.¹⁰⁷

Ademais, a validação do sistema por meio da busca de sua própria estabilidade, ou seja, a adoção do modelo de autorreferência, faz com que seja afastada o padrão operativo de limitação de suas consequências. Isso conduz à conclusão de que, para manter a estabilidade social e a validade do Direito Penal, os

¹⁰³ JAKOBS, 2008, p. 225-226.

¹⁰⁴ TAVARES, 2003, p. 143.

¹⁰⁵ JAKOBS, op. cit., p. 687-689.

¹⁰⁶ BUSATO, 2013, p. 13.

¹⁰⁷ BITENCOURT, 2014, p. 126.

fins justificam os meios, legitimando um sistema penal de intervenção social máxima e ilimitada.¹⁰⁸

¹⁰⁸ BUSATO, 2013, p. 246.

3 BEM JURÍDICO-PENAL

Na terceira parte do presente estudo serão abordados os tópicos referentes à evolução histórica do bem jurídico-penal, assim como os entendimentos acerca do seu conceito e suas teorias, bem como o esvaziamento de seu conceito perante a lógica defendida por Günther Jakobs.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Em eras anteriores, o delito era visto como uma violação e uma ofensa aos mandamentos divinos e, conseqüentemente, como um pecado a ser expiado do homem.¹⁰⁹ Delito era confundido com pecado, que resultava em ofensa à moral divina.

A partir do movimento iluminista é que se inicia uma intensa mudança em torno das questões sociais e da esfera da racionalidade do poder punitivo do Estado. Dotti salienta que “o Iluminismo se caracterizou na Europa racionalista do final do século XVIII como um movimento e um modo de pensar diferente”.¹¹⁰ O homem passa a ser cada vez mais o centro das atenções das ciências, como o ser que utiliza a razão para interpretar e esclarecer os fenômenos e os avanços econômicos, sociais, culturais da vida.

No campo da dogmática penal, em virtude da publicação da obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria, a qual introduziu ideais de proporcionalidade da gravidade das penas e de abolição de punições extremas e cruéis, houve uma alteração da lógica social punitiva em relação ao delito, que se desvinculou das questões éticas e religiosas e passou a assumir a condição de violação do contrato social.¹¹¹ A pena, nesses termos, passou a ter um caráter de prevenção.

Com a Revolução Francesa (1789), as ideias liberais dos filósofos iluministas provocaram ainda mais mudanças nas esferas penal e processual penal.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

¹¹⁰ DOTTI, 2013, p. 233.

¹¹¹ PRADO, op. cit., p. 28.

Estabeleceu-se, além das garantias e liberdades individuais como a igualdade jurídica e a liberdade de expressão, princípios fundamentais do Direito Penal e do Direito Processual Penal como: a) definição legal dos crimes e das penas (princípio da legalidade); b) criação de penas específica e estritamente necessárias (princípio da intervenção mínima); c) princípio do juiz natural; d) princípio da inocência presumida; e) a sanção do abuso de poder.¹¹²

Esses novos pensamentos buscavam limitar o abuso e o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, estabelecer garantias e proteger determinadas liberdades e interesses dos cidadãos.

Após esse panorama geral de mudanças, o ilícito penal passou a ser reconhecido como uma ofensa a um direito subjetivo. Quem atribuiu essa definição ao conceito de delito foi Feuerbach.¹¹³ A relevância não se encontra exclusivamente na conduta ofensiva que tenha atingido algo do mundo concreto. O objeto de proteção, formado por uma “faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutiva de direito subjetivo”, é o ponto central do injusto punível, sobre o qual se deve recair a definição jurídica de crime.¹¹⁴

Dessa forma, o crime é compreendido como uma ação que viola um direito que pertence a outrem, defeso pela legislação penal, sendo esta a responsável pela tutela dos direitos dos cidadãos e do Estado.¹¹⁵

No século XIX, a partir das concepções liberais de limitação do poder do Estado, sobretudo a restrição ao poder do legislador penal, e da evolução da tese garantista do crime como violação de um direito subjetivo de outro, surge a doutrina do chamado bem jurídico.¹¹⁶ Esse avanço conceitual da doutrina se justificou pelo advento das ideias que fundamentam uma nova forma de Estado, o liberal. Em relação ao ponto de vista dogmático, o conceito de bem jurídico estabeleceu um termo de referência de fatos puníveis e possibilitou, devido à sua amplitude, a sua utilização na inclusão de crimes relacionados às esferas dos costumes e das religiões.¹¹⁷

¹¹² DOTTI, 2013, p. 237.

¹¹³ PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 39.

¹¹⁴ PRADO, 2003, p. 29.

¹¹⁵ Ibid., p. 30.

¹¹⁶ GONZALEZ RUS, apud PRADO, 2003, p. 31.

¹¹⁷ PRADO, op. cit., p. 31-32.

O termo bem jurídico-penal foi introduzido de forma pioneira por Birnbaum (1843)¹¹⁸ que substituiu o conceito de direito subjetivo utilizado anteriormente ao afirmar que bem jurídico é um “[...] bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela”.¹¹⁹ Nesse novo sentido, percebe-se que a tutela penal deve se assentar na existência de um bem material, isto é, pertencente ao mundo real do ser, relevante para o indivíduo ou para a coletividade.

Essa teoria, conforme explicita Polaino Navarrete, se distancia da doutrina de lesão do direito subjetivo em três quesitos: “na configuração do conceito de bem comum, na ampliação do fim do Estado e na renúncia de extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário.”¹²⁰

Com o advento do positivismo, Binding e Von Liszt lançaram bases mais sólidas na construção do conceito de bem jurídico e a sua relação de limitação do poder punitivo estatal.¹²¹

Conforme a doutrina de Binding, o crime constitui uma lesão de um direito subjetivo do Estado, ou seja, o crime gera uma violação ao direito de obediência da lei estatal, entretanto, afirma que existe uma relação entre normas e bens jurídicos.¹²² Todo ataque a direitos subjetivos se realiza mediante uma violação de bens jurídicos e é inaceitável sem estes.¹²³

Nesses termos, bem jurídico é entendido como tudo aquilo que na opinião do legislador é importante para o ordenamento jurídico.¹²⁴ Tudo aquilo que se revelar importante e valioso na visão da vontade geral materializada pelo legislador deve ser protegido pela ordem jurídica. Assim, compreende-se que a existência do bem jurídico é imprescindível para a constatação do crime.

Seguindo a orientação positivista de Von Liszt, o Direito tem como finalidade a proteção dos interesses da vida humana.¹²⁵ Sendo assim, bem jurídico, para Liszt, é todo interesse juridicamente assegurado. Esses interesses são os de natureza humana, do indivíduo ou da coletividade, produzidos pela vida. Dessa forma, todo

¹¹⁸ PRADO, 2003, p. 32.

¹¹⁹ CUNHA, 1995 apud PELARIN, 2002, p. 55.

¹²⁰ NAVARRETE, 1974 apud PRADO, 2003, p. 32.

¹²¹ PELARIN, 2002, p. 57.

¹²² PRADO, op. cit., p. 33.

¹²³ KAUFMANN, 1977 apud PRADO, 2003, p. 33.

¹²⁴ PRADO, op. cit., p. 33.

¹²⁵ LISZT, 1899 apud PELARIN, 2002, p. 57.

interesse humano que recebe proteção da ordem jurídica é convertido em bem jurídico.¹²⁶ Essa visão acerca do bem jurídico difere da proposta por Binding, pois, para Liszt, não é a norma que cria o bem jurídico. Ela apenas eleva à categoria de bem jurídico um interesse da sociedade ou do indivíduo, conferindo-lhe proteção jurídica. Nas palavras da doutrina de Regis Prado: “contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra”.¹²⁷ Essa proteção assegurada pelo Direito servia de instrumento para impedir os abusos arbitrários e coercitivos do poder do Estado.

O delito, na ideia de Liszt, possui os aspectos formal e material. Sob a perspectiva formal, a conduta é ilegal quando rompe com o mandamento de uma norma estatal, e sob o ponto de vista material, a conduta é ilícita quando ocasiona uma lesão ou perigo de lesão a um interesse social ou individual, relevante para o indivíduo e para a comunidade, assegurado pela norma (bem jurídico).¹²⁸

A partir das concepções positivistas de Binding e Liszt, percebe-se que ambos admitiam a sistemática do Direito por meio da experiência. Liszt baseava-se no estudo de fatos ou manifestações sociais que se portavam como interesses vitais para o indivíduo e para a comunidade, merecedores da tutela jurídico-penal, caracterizando uma visão sociológica do Direito. Em contrapartida, para Binding, a experiência está atrelada exclusivamente à análise da atividade jurídica, afastando-se das manifestações de interesses político-sociais, configurando, assim, uma noção legalista.¹²⁹

No início do século XX, houve uma mudança paradigmática das interpretações dos fenômenos humanos sob a ótica espiritualista do neokantismo, o que resultou no desenvolvimento de uma concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico.¹³⁰ Assim, bem jurídico, sobre a perspectiva metodológica, é definido como um valor abstrato, ideal e de caráter ético-social, assegurado pelo ordenamento legal. Nas palavras de Jescheck, bem jurídico é “[...] um valor ideal da ordem social juridicamente protegido.”¹³¹

¹²⁶ PELARIN, 2002, p. 57.

¹²⁷ PRADO, 2003, p. 35.

¹²⁸ Ibid., p. 36.

¹²⁹ PELARIN, op. cit., p. 68.

¹³⁰ PRADO, op. cit., p. 37.

¹³¹ JESCHECK, 1981 apud PRADO, 2003, p. 37.

Regis Prado afirma que “conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como um valor cultural [...]”.¹³² Desloca-se o delito para o campo valorativo, distanciando-o do terreno social, tendo o bem jurídico como finalidade a chamada *ratio legis* do tipo penal, convertendo-o em um método interpretativo.¹³³ A norma será a responsável por delimitar os limites e os valores tutelados. O bem jurídico estará atrelado à interpretação normativa. Nas palavras de Evandro Pelarin, “valoriza-se o complexo normativo, forçando a realização da lógica-jurídica.”¹³⁴

Algumas críticas surgiram acerca dessa concepção de bem jurídico, como a possibilidade de ocorrência de impedimento de qualquer tentativa de formação de um vínculo entre a norma e outros elementos do fenômeno jurídico. Ao se desvincular de outros fundamentos que estão além das normas jurídicas, o intérprete se distancia das questões referentes à limitação da atividade legislativa.¹³⁵ Não há qualquer restrição, nesse caso, na atividade do legislador de tipificação e criminalização de condutas pelos ideais do neokantismo, tendo em vista o caráter interpretativo do bem jurídico, o qual estará a cargo do próprio legislador.

3.2 TEORIAS SOCIOLOGICAS DO BEM JURÍDICO

As teorias sociológicas estão centradas nas ideias funcionalistas sistêmicas e interacionista simbólicas. Os principais defensores dessas teorias são K. Amelung, G. Jakobs, H. Otto, J. Habermas, W. Hassemer, R. P. Calliess, Mir Puig, Gomes Benitez, entre outros.¹³⁶

Sem adentrar especificamente em cada uma das peculiaridades dos autores mencionados, pode-se dizer que as teorias sociológicas assentam-se na doutrina da chamada danosidade social do delito. As teorias sociais-sistêmicas enxergam a sociedade como um grande complexo sistema de interações, em que o Direito deve garantir a estabilidade e o funcionamento desse sistema.¹³⁷ O Direito garante a confiança dos cidadãos no regular funcionamento do sistema. Quando o Direito é

¹³² PRADO, 2003, p. 37.

¹³³ Ibid., p. 37-38.

¹³⁴ PELARIN, 2002, p. 80.

¹³⁵ Ibid., p. 80.

¹³⁶ PRADO, op. cit., p. 39.

¹³⁷ CUNHA, 1995 apud PELARIN, 2002, p. 110-111.

violado, a confiança geral dos cidadãos é abalada e a estabilidade da ordem social é posta em risco. A partir dessa violação é que se impõe ao indivíduo uma sanção estatal como forma de repressão ao comportamento perturbador da ordem social, a fim de restabelecer a vigência normativa e retomar a confiança dos cidadãos na integralidade do sistema.¹³⁸

Segundo Regis Prado, a doutrina funcionalista teve origem com o desenvolvimento dos estudos de Durkheim, Parson, Merton e Luhmann.¹³⁹

A sociedade é entendida como um sistema global de interação, que integra todos os fatores sociais, organizado e regulado por normas que garantem o funcionamento pleno desse sistema. As diferentes funções realizadas pelas interações sociais dos cidadãos são levadas como um todo para a análise do regular andamento do sistema. Cabe ao ordenamento jurídico a função de garantir a conservação e a integração desse sistema social. O Direito, nas palavras de Regis Prado, “[...] é tido como um subsistema do sistema social geral. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social.”¹⁴⁰

Os crimes são condutas socialmente danosas e disfuncionais que acarretam no abalo da integração do corpo social. Nesse sentido, o Direito Penal interfere com a imposição de uma pena para que se restabeleça a confiança dos cidadãos e a estabilidade do sistema. O Direito serve como instrumento de proteção do sistema social.

As teorias sociológicas funcionalistas-sistêmicas limitam o bem jurídico a uma criação do legislador, inerente ao sistema social.¹⁴¹ Para Regis Prado: “Amelung entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social.”¹⁴²

Em contrapartida, surgiu, nas palavras de Maurício Ribeiro Lopes, a concepção do interacionismo simbólico que “[...] insistia na importância da comunicação e a sua concreção no intercâmbio de significados mediante a linguagem e outros meios de comunicação simbólicos.”¹⁴³

¹³⁸ CUNHA, 1995 apud PELARIN, 2002, p. 111.

¹³⁹ PRADO, 2003, p. 42.

¹⁴⁰ PRADO, loc. cit.

¹⁴¹ Ibid., p. 41.

¹⁴² Ibid., p. 40.

¹⁴³ LOPES, 1999 apud PELARIN, 2002, p. 115.

Na realidade, as teorias sociológicas são criticadas por não conseguirem desenvolver um conceito material de bem jurídico, passível de ser lesionado, delimitado e tutelado pelo Direito Penal. Também não conseguem justificar com argumentos sólidos as razões pelas quais uma determinada sociedade criminaliza determinadas condutas e outras não.¹⁴⁴

3.3 TEORIAS CONSTITUCIONAIS DO BEM JURÍDICO

As teorias constitucionais do bem jurídico foram acolhidas em boa parte pela doutrina italiana, em que se formularam novos aspectos e limitações a serem impostos ao legislador no momento da criação dos ilícitos criminais.¹⁴⁵

O conceito de bem jurídico deve partir dos valores plasmados na Constituição, sendo esta a Lei Maior que irradia força normativa para todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Prado, “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”.¹⁴⁶ É a Constituição que confere interpretação aos outros ramos da ordem jurídica, pois esta deve estar em conformidade com os princípios, direitos e garantias fundamentais consagrados em seu texto.

Pode-se afirmar que as teorias constitucionais são elencadas em dois grupos: as de fundamento geral e as de fundamento estrito. Nas teorias constitucionais de fundamento geral, a Constituição é tida como um ponto de referência genérico, amplo, vinculado à forma de Estado constitucionalmente admitida e legitimada e aos princípios gerais que influenciaram a criação da norma fundamental, sendo estes utilizados como bases para a formulação do sistema penal.¹⁴⁷

Um dos principais teóricos dessa doutrina é Roxin, que parte da ideia de que o Estado Democrático e Social de Direito não tem como objetivo corrigir moralmente as ações dos indivíduos e sim criar e garantir condições dignas que satisfaçam as necessidades essenciais e vitais destes. Essa função de garantia das condições dignas e vitais à existência dos indivíduos é realizada pelo Direito Penal por meio da

¹⁴⁴ PRADO, 2003, p. 43.

¹⁴⁵ Ibid., p. 62.

¹⁴⁶ PRADO, loc. cit.

¹⁴⁷ Ibid., p. 63.

tutela dos bens jurídicos mais relevantes como a vida, a propriedade, a integridade física. O Direito Penal é o responsável por assegurar esses bens e reprimir a sua ofensa em certas circunstâncias. Roxin salienta, ainda, que o Direito Penal, no Estado Moderno, possui uma dupla função. A primeira se refere a proteção dos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento da vida e a segunda se refere ao “[...] cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado.”¹⁴⁸

Por outro lado, há as teorias constitucionais estritas que se baseiam nas doutrinas de F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. Gonzalez Rus e E. Gregori, as quais partem das premissas de que se deve recorrer primeiramente ao texto constitucional e às suas prescrições específicas para se verificar quais os bens e objetos de tutela que merecem proteção, bem como a forma pela qual ocorrerá essa proteção, seja por meio de criminalização ou não.¹⁴⁹ Dessa forma, pretendem delimitar mais precisamente os objetos, valores ou bens, mais relevantes em caráter constitucional, a serem tutelados a fim de orientar as atividades legislativas e o poder punitivo do Estado.

3.4 CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Conforme Cirino dos Santos, o conceito de bem jurídico apresenta-se ainda como um conceito necessário¹⁵⁰ para verificar os critérios e formas de criminalização de condutas e observar os aspectos a serem protegidos pelo Direito Penal. Entretanto, não é pacífico na doutrina o conceito de bem jurídico.

Regis Prado afirma que ao levar em conta os ideais neokantistas, de caráter espiritualista, bem jurídico é tido como um valor cultural, sendo cultura entendida como um sistema normativo amplo, em que os bens jurídicos possuem valor cultural por terem como fundamento necessidades individuais. Essas necessidades se tornam valores culturais quando são admitidas de forma dominante pela sociedade,

¹⁴⁸ PELARIN, 2002, p. 131.

¹⁴⁹ PRADO, 2003, p. 65.

¹⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 14.

e esses valores são convertidos em bens jurídicos, quando se revela como socialmente necessária a sua proteção jurídica.¹⁵¹

Nilo Batista destaca que “o bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, ‘revelando’ e demarcando a ofensa”.¹⁵² Essa materialização da ofensa auxilia na limitação e na legitimidade da intervenção jurídico-penal.¹⁵³

Por outra concepção, Welzel esclarece que bem jurídico é um “[...] bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”.¹⁵⁴ Nesse caso, sendo o bem relevante em termos de valores ético-sociais para a comunidade ou para o indivíduo, ele será tutelado juridicamente. Welzel, na visão de Busato, atribuía um papel secundário à missão do Direito Penal de tutela de bens jurídicos. O papel do Direito Penal recai primeiramente sobre a proteção dos valores sociais da ação, de caráter ético-social. As ofensas produzidas aos bens jurídicos são abarcadas pela chamada “adequação social” das ações, sendo esta referência uma forma de filtro para expressar quais condutas são socialmente aceitas ou adequadas de modo que não sejam imputadas como crime.¹⁵⁵

Paulo Busato leciona com base na ideia da pretensão da ofensividade da conduta, em que esta não deve apenas se amoldar ao tipo descrito pela norma e sim provocar lesão a um bem jurídico essencial, relevante, para configurar o crime e justificar a intervenção penal. Para a atuação do Direito Penal, exige-se que norma possua uma expressão conceitual de relevância, caracterizada pela compatibilidade entre o fato praticado e o tipo, e uma pretensão de ofensividade, que expressa uma agressão intolerável a um bem jurídico importante.¹⁵⁶ Busato afirma que “somente pode ser um bem jurídico-penal, no sentido do merecimento da intervenção jurídica do sistema criminal, aquele que componha o acervo do que é essencial para o desenvolvimento social dos seres humanos”.¹⁵⁷ A norma, na visão de Busato, concretiza um “[...] valor prévio socialmente aceito.”¹⁵⁸

¹⁵¹ PRADO, 2003, p. 44.

¹⁵² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 95.

¹⁵³ BATISTA, loc. cit.

¹⁵⁴ WELZEL, 1970 apud PRADO, 2003, p. 44-45.

¹⁵⁵ BUSATO, 2013, p. 358.

¹⁵⁶ Ibid., p. 347.

¹⁵⁷ Ibid., p. 353.

¹⁵⁸ Ibid., p. 362.

O jurista Luiz Flávio Gomes dispõe que “bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente”.¹⁵⁹ Assim, entende-se que um bem ou interesse para se tornar bem jurídico necessita de uma valoração social. Bem é uma “coisa” com valor e essa coisa é tida como toda realidade existencial que independe de seu caráter material ou imaterial. Essa valoração compreende a real função que determinado bem exerce em relação ao sujeito. Para se transformar em bem jurídico, o bem depende de uma chamada “significação social”. Dessa forma, o conceito de bem jurídico é uma “expressão de uma relação dialética de realidade e valor”. Nesse sentido, o Direito Penal, que tem como missão a tutela de bens jurídicos, não protege valores puros em si mesmos, e sim realidades concretas.¹⁶⁰

Luiz Flávio Gomes conclui que os bens jurídicos-penais são “[...] bens existenciais (pessoais) valorados positivamente e protegidos dentro e nos limites de uma determinada ‘relação social conflitiva’ por uma norma penal”.¹⁶¹ O valor tutelado em uma determinada norma não necessariamente será tutelado do mesmo modo em outra, pois dependem das relações sociais que envolvem cada tipo penal. O valor vida tutelado no homicídio não é o mesmo que o tutelado no infanticídio.¹⁶²

Por sua vez, Miguel Reale Júnior ressalta que um dos primeiros limites do Direito Penal é o relacionado ao conteúdo da norma incriminadora. Esta tem como objetivo a proteção de “valores fundamentais à convivência social”.¹⁶³ O Direito Penal deve se preocupar com condutas que lesionem valores. A intervenção penal se justifica quando se apresenta como único meio necessário, forte e imprescindível para a afirmação do valor essencial violado e para a sua proteção, com o intuito de manter a paz social.¹⁶⁴ Esclarece, ainda, que “o reconhecimento e ponderação do valor como essencial deve ocorrer em face das circunstâncias e da atmosfera espiritual do momento histórico-cultural”.¹⁶⁵ Embora prefira o termo valor em detrimento de bem, Reale Júnior reconhece que o Direito Penal visa à preservação

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**: normas penais primárias e secundárias [...]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

¹⁶⁰ MIR PUIG, 1998 apud GOMES, 2002, p. 133.

¹⁶¹ GOMES, op. cit., p. 133.

¹⁶² GOMES, loc. cit.

¹⁶³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21.

¹⁶⁴ Ibid., p. 22.

¹⁶⁵ Ibid., p. 23.

de bens essenciais do indivíduo ou do Estado por meio da repressão de condutas que provoquem lesão a esses bens.¹⁶⁶

Magalhães Noronha observa que o objeto jurídico de um crime é “[...] o bem-interesse protegido pela normal penal”.¹⁶⁷ Diante disso, bem é algo de natureza material ou imaterial que sacia uma necessidade humana. Já interesse apresenta-se como o vínculo psicológico em torno desse bem, ou seja, sua valorização.¹⁶⁸

O bem-interesse, na concepção de Noronha, é social quando “satisfaz diretamente a imperativos sociais.”¹⁶⁹

Jescheck e Weigend destacam que as normas jurídico-penais estão baseadas num juízo de valor positivo sobre bens vitais que são indispensáveis para a convivência humana em comunidade e que esses bens devem ser protegidos por meio da coação estatal mediante a aplicação de uma pena. O bem é convertido em bem jurídico quando ocorre a sua valoração pelo ordenamento jurídico.¹⁷⁰ Ademais, devem ser compreendidos como valores espirituais da ordem social.¹⁷¹

Winfried Hassemer assinala que o conceito de bem jurídico advém desde a ideia de bem do movimento iluminista e foi formulado por Feuerbach por volta do século XIX para barrar a concepção moralista do Direito Penal. Ele afirma que uma violação de uma norma moral ou ética não pode servir de fundamento para criminalizar um comportamento. Deve-se, primeiramente, verificar se essa conduta lesiona “interesses reais de outros homens”, isto é, bens jurídicos.¹⁷² Assim, a conduta não pode sofrer um juízo de reprovabilidade somente por contrariar uma disposição normativa, e sim por lesionar interesses ou bens de uma vítima.

Na visão de Rogério Greco, a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal necessita de uma valoração histórico-cultural em relação a uma determinada época.¹⁷³ Greco parte de uma concepção minimalista do Direito Penal, em que somente os bens tidos como vitais e indispensáveis ao convívio em

¹⁶⁶ REALE JÚNIOR, 2006, p. 16.

¹⁶⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

¹⁶⁸ NORONHA, loc. cit.

¹⁶⁹ Ibid., p. 115.

¹⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. 5. ed. Corregida y ampliada. Granada: Comares, 2002. p. 8.

¹⁷¹ Ibid., p. 277.

¹⁷² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 56.

¹⁷³ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016a. p. 256.

sociedade devem ser selecionados e classificados como bens jurídicos pelo legislador penal, sendo este vinculado aos princípios penais fundamentais, sobretudo o da intervenção mínima, evidenciando o caráter subsidiário da esfera penal.¹⁷⁴

Santiago Mir Puig também segue o pensamento de definir os bens jurídicos como os interesses sociais que, devido a sua grande relevância, merecem ser protegidos e tutelados pelo Direito Penal, sendo este o sistema de defesa do Estado Social.¹⁷⁵ Não é todo bem jurídico que deve ser protegido pela esfera penal, pois não necessariamente todo bem jurídico será um bem jurídico-penal. A intervenção penal deverá levar em consideração os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade para interferir no meio social.¹⁷⁶

Assim sendo, deve-se ter em mente todo o contexto de valores ou interesses que embasam a formulação dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. As interpretações acerca do tipo penal não podem ser realizadas de forma literal, e sim baseadas nas interpretações do conteúdo normativo e do interesse a ser protegido pela ordem jurídica. Por trás do tipo existe uma norma e o bem jurídico está contido dentro dela.¹⁷⁷ Somente aqueles bens fundamentais e indispensáveis para a manutenção da paz e da convivência em sociedade é que serão abarcados pela proteção jurídico-penal.

3.5 A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A VIGÊNCIA DA NORMA COMO BEM JURÍDICO-PENAL

Na concepção do jurista Günther Jakobs, “um bem é um fato positivamente valorado”¹⁷⁸, devendo o termo “fato” ser compreendido em um sentido amplo, de modo que não abarque apenas objetos físicos, mas também situações e processos. O bem transforma-se em bem jurídico quando goza de tutela e proteção jurídica.¹⁷⁹

¹⁷⁴ GRECO, 2016a, p. 258.

¹⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 128.

¹⁷⁶ Ibid., p. 129.

¹⁷⁷ GOMES, 2002, p. 135.

¹⁷⁸ JAKOBS, 2008, p. 68.

¹⁷⁹ JAKOBS, loc. cit.

Ademais, um bem só é considerado um bem jurídico quando se caracteriza como um direito vinculado ao seu titular. Não há bens jurídicos livres, que não se encontrem atrelados a um titular.¹⁸⁰

Jakobs, ao analisar a teoria do bem jurídico, conclui que a possibilidade conferida a uma pessoa, e a ela relacionada, de utilizar e gozar de um fato valorado positivamente constitui o bem jurídico.¹⁸¹

No entanto, Jakobs assevera que:

Mais uma vez poderia parecer banal a constatação de que nem toda perda de um bem, como, por exemplo, o objeto de um interesse – ainda que lamentável de acordo com qualquer ordem extrajurídica – é valorada pelo direito como uma perda juridicamente relevante. Assim, a morte de uma pessoa idosa devido à falência múltipla de órgãos não controlável constitui uma perda – parentes e amigos ficarão de luto –, mas esta morte não constitui uma perda de um bem compreendido juridicamente [...]. Tais perdas constituem perdas de bens, mas não danos que ocorrem *dentro* do direito, senão *fora* dele, em uma esfera não abarcada pelo direito.¹⁸² (grifo do autor)

O Direito reconhece um bem jurídico por intermédio de uma dupla espécie e modo. Num primeiro momento, o Direito pode outorgar ao detentor do bem direitos de defesa contra uma iminente ofensa. O alcance vai desde o auxílio policial quanto aos direitos fundamentais do particular até o requerimento de atuação preventiva em razão de um dano por omissão. O Direito, nestes casos, permite garantir a tutela de bens jurídicos em um sentido estrito: ele não deve esperar uma lesão. Estes direitos de defesa se referem, em relação ao que se defende, aos deveres de não provocar uma defesa por meio de uma conduta enganosa e também de não assegurar a situação da própria organização. Exemplos destes deveres são as vedações de organizar riscos não permitidos, que são os chamados deveres negativos, que afetam e valem para todos. Além desses deveres, há também os que se referem ao detentor de uma posição especial de se ater ao auxílio de um determinado bem (deveres positivos) como, por exemplo, os deveres decorrentes do poder parental de fornecer auxílio aos filhos em casos de necessidade. Assim, a vida e a integridade

¹⁸⁰ YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI**: Libro homenaje al professor Dr. Günther Jakobs. Peru: ARA Editores E.I.R.L., 2005. p. 148.

¹⁸¹ JAKOBS, 2008, p. 70.

¹⁸² JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?**: sobre a legitimação do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 44-45.

física das crianças são compreendidas, por diversas razões, como bens jurídicos (direito de defesa, proibição de violação), mas uma dessas razões está atrelada ao dever positivo dos pais em relação aos filhos.¹⁸³

Em um segundo momento, no caso de uma ofensa culpável da norma protetiva de bens, o Direito pode coagir psicologicamente o transgressor com um dano, mediante a determinação da reparação de danos em razão da prática de um comportamento não permitido ou por intermédio da imposição de uma pena ou multa. À proporção que a ameaça produz efeitos, seja pelo reconhecimento, costume ou pelo temor, o bem continua preservado. Caso a ameaça não produza efeitos e ocorra a prática de um fato não permitido ou a tentativa de um delito, conclui-se que, no caso de reparação de dano, a garantia do interesse financeiro, tida como bem, assume o lugar do bem violado. Com isso, perde-se a relação direta com o bem tutelado, eis que a reação se orienta pela extensão da culpabilidade do autor, e não pela medida da iminente violação ao bem, no caso de tentativa, ou pela violação ocorrida ao bem, no caso de consumação, sendo que a culpabilidade refere-se apenas a outra denominação para o dano causado à vigência da norma pelo autor, e, simultaneamente, para a extensão desse prejuízo. Nesse caso, fala-se, portanto, de maneira direta, em manutenção da vigência da norma colocada em risco pela conduta do autor e, conseqüentemente, em proteção mediata de bens. Em outros termos, para Jakobs, a vigência da norma é, na realidade, o bem jurídico-penal e sua manutenção ocorre pela incidência da pena. Deste modo, o bem, designado normalmente como “bem jurídico” (vida, saúde, liberdade, patrimônio entre outros), constitui somente um motivo para a norma, ou seja, a representação de um fim.¹⁸⁴

Cumprе ressaltar, nesse sentido, que não é toda e qualquer alteração prejudicial de um bem entendido como fato valorado positivamente que possui relevância para o Direito Penal, eis que a modificação deve ser direcionada contra a própria valoração positiva. Isso só ocorre quando um comportamento humano expressa que não se deve levar em consideração a valoração positiva. Assim, não é apenas um fato “morte” que caracteriza lesão de um bem jurídico-penal, uma vez que se trata apenas da mera ofensa a um bem. O que configura a lesão de um bem

¹⁸³ JAKOBS, 2018, p. 45-46.

¹⁸⁴ Ibid., p. 46-47.

jurídico-penal é a desobediência normativa presente, por exemplo, no homicídio evitável.¹⁸⁵

A partir dessa visão de que o bem jurídico-penal está relacionado ao significado da conduta delitiva como negação do significado das normas e do reconhecimento do significado normativo por intermédio da sanção punitiva, denota-se que bem jurídico-penal, no que tange aos delitos patrimoniais, não é a coisa alheia ou a relação de satisfação dos proprietários com suas coisas, mas sim a eficácia do conteúdo normativo que determina que a propriedade deve ser protegida. No mesmo sentido, no que concerne aos delitos de lesão corporal, o bem jurídico-penal é a eficácia do conteúdo de norma que expressa que a integridade física alheia deve ser respeitada e protegida. O bem jurídico-penal constitui a “vinculatoriedade prática da norma.”¹⁸⁶

Salienta-se que a legitimação material do Direito Penal se assenta no fato de que as leis penais são indispensáveis para a manutenção da estabilidade e da configuração do Estado e da sociedade. Não há, segundo Jakobs, um conteúdo puro das normas penais. Os conteúdos são orientados conforme o contexto de regulação em análise. Compõem esse contexto de regulação as realidades da vida em sociedade, assim como as normas, principalmente as de cunho constitucional. Para manter a configuração e a integração da sociedade e do Estado, o Direito Penal contribui com a garantia de normas. Esta garantia de normas se assenta no fato de as expectativas necessárias para o funcionamento da vida em sociedade, na forma fornecida e exigida legalmente, não precisarem ser deixadas de lado em caso de decepção. Diante disso, define-se como bem a ser tutelado e garantido pelo Direito Penal a robustez das expectativas normativas fundamentais perante a decepção.¹⁸⁷

Juarez Tavares sintetiza as ideias de Jakobs acerca de bem jurídico ao expor que:

Em vez de tratá-los como interesses ou pressupostos existenciais, identifica os bens jurídicos com a validade fática das normas, das quais se possa esperar a proteção dos bens, das funções e da paz jurídica. Ao reformular o conceito de bem jurídico para indicar que por tal se deva entender a

¹⁸⁵ JAKOBS, 2008, p. 63.

¹⁸⁶ Ibid., p. 63-64

¹⁸⁷ Ibid., p. 61.

validade fática das normas, regressa à velha proposta de Mezger de não diferenciá-lo de seus próprios fins de proteção.¹⁸⁸

Conforme esclarece Bitencourt, o conceito de bem jurídico, na concepção de Jakobs, se esvazia, perdendo substancialmente o seu caráter material e a sua função crítica do Direito Penal. O verdadeiro bem jurídico, no âmbito penal, a ser tutelado é a validade fática das normas, haja vista que apenas assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e à convivência social.¹⁸⁹

Jakobs, ainda, faz críticas a insuficiência do conceito de bem jurídico defendido pela maioria da doutrina.

Em um primeiro momento, a teoria do bem jurídico compreende o bem em sua vinculação com o titular, mas não demonstra a imprescindibilidade de garantir o bem, também, sob o aspecto penal, como, por exemplo, o fato de que a veracidade de uma informação se caracteriza sempre como um bem para os destinatários desta informação, mas apenas em alguns casos que ela será considerada um bem jurídico. Com isso, a nocividade social precisa estar embutida na violação do bem “de fora para dentro”, a fim de que ela possa ser classificada como ofensa de um bem jurídico. A teoria do bem jurídico não pode confirmar quais “unidades funcionais” podem ser qualificadas como bem jurídicos em razão de sua importância social, tampouco consegue motivar o fato de que a proteção das normas deve recair sempre sobre bens. Nesse sentido, a configuração da ordem a ser tutelada pelo Direito Penal não é determinada por todos os bens e nem sempre apenas por bens.¹⁹⁰

Por outro lado, os bens que devem ser penalmente reconhecidos não desfrutam de tutela absoluta. A sociedade não é uma instituição para manutenção, nem mesmo para maximização de bens. Na realidade, o que há é o sacrifício de bens, que possibilita a convivência social. Não há como se depreender, a partir dos bens que se encontram presentes no “contato social”, quais são os riscos e perigos que um bem precisa suportar no “contato social”, sem gozar da proteção penal, pois esses bens não estão vinculados a uma categoria que possa ser determinada de forma isolada, antes de sua incorporação ao convívio social. Na verdade, apenas há bens jurídicos no momento em que realizam uma função, isto é, quando se

¹⁸⁸ TAVARES, 2003, p. 196.

¹⁸⁹ BITENCOURT, 2014, p. 125-126.

¹⁹⁰ JAKOBS, 2008, p. 76.

encontram inseridos na vida social ocasionando e recebendo efeitos. Por estas razões, a norma não tem o papel de proteger um bem contra todos os riscos, mas somente contra aqueles que não sejam decorrências necessárias dos contatos sociais autorizados. Ocorre que a teoria dos bens não tem aptidão para explicar o que seria um contato social autorizado. Um exemplo seria o fato de que toda a teoria da imputação, ressalvadas algumas exceções, e alguns elementos do estado de necessidade agressivo se encontram tão a margem da perspectiva da teoria dos bens quanto a limitação do ataque punível a um bem imposto pelos padrões permitidos pelo Direito Administrativo.¹⁹¹

Sendo assim, se o bem jurídico-penal, para Jakobs, apenas pode ser a norma vigente, isto é, a norma que gera uma orientação real, estável, o conflito a ser solucionado por intermédio da pena não constitui a agressão de um indivíduo contra outro, mas sim um ataque contra a estrutura normativa do meio social.¹⁹²

Quando há uma infração penal, o que se viola não são bens jurídicos em si, senão a própria norma penal e a confiança dos cidadãos inseridas nela. Diante de tal situação de instabilidade social gerada pelo delito, surge a pena como medida de estabilização da norma e retomada da confiança nela depositada pelos cidadãos, conferindo credibilidade e fidelidade ao ordenamento jurídico.¹⁹³

A pena, para Jakobs, necessita ser mais do que uma mera coação ou retribuição pelo mal causado. Ela deve ser uma resposta ao infrator no sentido de que o seu ataque contra a estrutura normativa da sociedade não é determinante e que a estrutura manteve a sua configuração sem qualquer alteração.¹⁹⁴

Diante dessas concepções, Jakobs sustentou a chamada teoria da prevenção geral positiva, que prevê que a pena é uma forma de confirmação da configuração da sociedade. Ela possui a missão preventiva de manter a norma como modelo de orientação, no sentido de que o indivíduo que confia em uma norma deve ser confirmado como pessoa. O Direito Penal, dessa forma, tem como missão a reafirmação do seu próprio ordenamento jurídico.¹⁹⁵

Conforme enuncia Jakobs, “a pena tem, pois, uma função, que deve repercutir justamente sobre o nível no qual a interação social ocorre, não se

¹⁹¹ JAKOBS, 2008, p. 76-77.

¹⁹² Id., 2018, p. 59-60.

¹⁹³ BUSATO, 2013, p. 783.

¹⁹⁴ YACOBUCCI, 2005, p. 141.

¹⁹⁵ MORAES, 2011, p. 157-158.

restringindo a significar algo: a pena deve proteger as condições dessa interação e tem, portanto, uma função *preventiva*.”¹⁹⁶ (grifo do autor)

A proteção ocorre por meio da validação da confiança dos cidadãos que confiam na norma. A validação não tem por escopo a afirmação de que ninguém mais voltará a delinquir e violar a norma, pois a pena constrangeria psicologicamente apenas potenciais criminosos. Também não se trata de um prognóstico especial referente ao comportamento futuro do autor do crime. Os destinatários da pena não são apenas algumas pessoas consideradas na qualidade de criminosos potenciais, mas sim todas as pessoas, eis que ninguém pode abrir mão das relações de convívio social. Todos necessitam saber o que podem esperar das relações de interação social. Assim, a pena é aplicada com a finalidade de exercer a confiança da estrutura normativa. Além disso, ela faz incidir de maneira mais incisiva sobre a conduta violadora da norma consequências extremamente caras, elevando assim as chances de que esta última seja aprendida, em geral, como uma forma inadmissível de comportamento humano. Nesse diapasão, utiliza-se a pena para praticar a fidelidade ao Direito.¹⁹⁷

Bitencourt, ao discorrer sobre a lógica e a função da pena na teoria da prevenção geral positiva, leciona que “a pena passa, então, a assumir uma *finalidade pedagógica* e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico.”¹⁹⁸ (grifo do autor)

A teoria da prevenção geral positiva proporciona três efeitos distintos que se encontram relacionados entre si: a) o efeito de aprendizagem por meio do estímulo sociopedagógico dos indivíduos pertencentes à sociedade; b) o efeito de reafirmação do sistema normativo e da confiança nas instituições do Direito Penal; c) o efeito de pacificação da sociedade provocado quando a pena empregada é percebida como solução à perturbação social gerada pelo crime.¹⁹⁹

Assim sendo, a prevenção, para Jakobs, se realiza de maneira positiva a partir do momento em que o fundamento da coerção das normas, representada pela reação punitiva, seria confortar a consciência da coletividade quanto à estabilidade

¹⁹⁶ JAKOBS, 2008, p. 31-32.

¹⁹⁷ Ibid., p. 32.

¹⁹⁸ BITENCOURT, 2014, p. 147.

¹⁹⁹ BITENCOURT, loc. cit.

da vigência da norma confrontada pelo comportamento delitivo, preservando a coesão e a integração da sociedade.²⁰⁰

²⁰⁰ BUSATO, 2013, p. 783.

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

No quarto capítulo do presente estudo pretende-se abordar a origem, o conceito, a base teórico-filosófica e as características do chamado “Direito Penal do Inimigo” sustentado pelo jurista Günther Jakobs, bem como detalhar e explicar a sua forma de incidência e aplicação no meio social, diferenciando-o do chamado “Direito Penal do Cidadão”, realçando, também, a descaracterização do indivíduo, tido como inimigo, do conceito de pessoa.

4.1 ORIGEM E CONCEITO

O termo “Direito Penal do Inimigo” e seu conceito antagônico, o “Direito Penal do Cidadão”, foram utilizados pela primeira vez pelo Professor Günther Jakobs no ano de 1985, durante uma conferência sobre a “Criminalização no Estado Prévio de Lesão de um Bem Jurídico” realizada durante a Jornada de Penalistas Alemães em Frankfurt. Em seu pronunciamento, Jakobs apresentou a contraposição entre os conceitos de Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão ao se referir a problemática da antecipação das barreiras de punibilidade do Direito Penal em casos específicos de periculosidade, e em outras questões atreladas como a necessidade do “Princípio do Ato”, que prevê a exigência de que haja uma manifestação exterior da vontade de delinquir mediante a prática de um comportamento ofensivo a um bem jurídico, e a criminalização de infrações de perigo abstrato. Assim, verifica-se que a conferência versava sobre os problemas reais e conhecidos nas legislações penais.²⁰¹

Nessa conferência de 1985, Jakobs teve o intuito de demonstrar que a legislação penal, principalmente na Alemanha, já estava sendo afetada por elementos que ele mesmo definia como um paradigma de Direito Penal completamente distinto dos modelos inerentes ao padrão liberal-clássico.²⁰²

Jakobs, em 1985, conforme entendimento predominante, estava apenas

²⁰¹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: LiberArns, 2014. p. 29.

²⁰² MORAES, 2011, p. 185.

descrevendo uma realidade da época. O jurista alemão asseverou, por exemplo, que em um Estado Liberal, o agente que pratica um crime seria considerado apenas um cidadão, e não um inimigo. Jakobs, também, considerava que o Direito Penal do Inimigo não seria um direito em si, mas uma forma de luta ou guerra, devendo a sua denominação ser considerada meramente para fins eufemísticos. Ademais, Jakobs enfatizou que o Direito Penal do Inimigo não apresentava compatibilidade com o ideal de um Estado de Direito.²⁰³

Já em 1999, com a institucionalização e a suposta legitimação desses novos modelos, Jakobs parece ter chegado a conclusão que o retorno aos padrões exclusivamente clássicos não seria mais possível. Diante dessa situação, Jakobs alertou para a necessidade de diferenciar e delinear dois modelos de Direito Penal, o Direito Penal do Cidadão e o do Direito Penal do Inimigo, para o fim de impedir a completa contaminação do modelo liberal-clássico de origens iluministas.²⁰⁴

Nesse ano de 1999, Jakobs apresentou para a comunidade acadêmica o seu conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo, passando a defender e legitimar de forma mais contundente essa tese.²⁰⁵

Segundo Francisco Muñoz Conde,

Desde que em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, o professor Günther Jakobs, então catedrático de Direito Penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, *urbi et orbi*, a 'má notícia' de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um Direito Penal do cidadão, um 'Direito Penal do inimigo' (*Feindstrafrecht*), em cujo âmbito, a fim de manter a 'segurança cognitiva', dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do Direito Penal de um Estado de Direito, muito se escreveu e muitos foram os autores que tanto fora como dentro da Alemanha se pronunciaram sobre o tema.²⁰⁶

Importante registrar que a teoria apresentada por Günther Jakobs tem como bases, conforme visto anteriormente, a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, a qual se assenta na comunicação, em que a pessoa existe em razão de sua relação com o meio social. A partir disso, Jakobs não considera o inimigo como pessoa,

²⁰³ SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo**: aspectos jusfilosóficos e normativos. Jundiaí: Paco Editorial, 2016. p. 80-81.

²⁰⁴ MORAES, 2011, p. 185.

²⁰⁵ SILVA, op. cit., p. 81.

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011. p. 8.

embora esta última não possa ser confundida com ser humano. Com isso, em razão da base sistêmica, o referido jurista alemão atribui ao conceito de pessoa a forma pela qual o sistema social é formado. Nesse sentido, só se considera pessoa o sujeito que oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento de cunho pessoal, e isso decorre do pressuposto de que toda normatividade necessita de uma base cognitiva para ser real.²⁰⁷

Kelly Cardoso da Silva esclarece que, na concepção de Jakobs, “se essa garantia cognitiva não existir ou simplesmente for negada, o Direito Penal transforma-se de uma reação da sociedade perante o crime de um de seus membros, a uma reação contra um inimigo.”²⁰⁸

Jakobs, assim, esclarece que:

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.²⁰⁹ (grifo do autor)

No que se refere a esses dois ramos do Direito Penal, Jakobs ressalta que ambos diferem quanto à finalidade. Nesse sentido, o Direito Penal do Cidadão apresenta uma função essencialmente comunicativa e simbólica, ou seja, ele serve para reafirmar a vigência da norma negada pelo autor do delito, tido como pessoa, fazendo com que ela permaneça como modelo de orientação e integração social. Por sua vez, no Direito Penal do Inimigo, a pena assume um papel mais enérgico e coativo para combater e evitar perigos, no sentido de asseguração prospectivo.²¹⁰

Kai Ambos observa que:

²⁰⁷ SILVA, 2016, p. 81.

²⁰⁸ SILVA, loc. cit.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 28-29.

²¹⁰ POLAINO-ORTS, 2014, p. 35.

O destinatário das denominadas regras do direito penal do inimigo – que se caracterizam por uma antecipação da intervenção jurídico-penal, uma legislação de luta no lugar de uma legislação penal e pela supressão de garantias processuais – se converte em um inimigo que não goza do *status* de cidadão.²¹¹

Destarte, o Direito Penal do Cidadão teria o caráter tradicional do Direito Penal liberal, garantista, que observa todos os princípios e garantias fundamentais que lhe são próprios. Já o Direito Penal do Inimigo não se ocuparia com a garantia dos princípios fundamentais, eis que não se estaria perante cidadãos, membros do corpo social, mas sim perante inimigos do Estado e da sociedade.²¹²

Conclui Jakobs que:

[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.²¹³

Essa diferenciação em duas categorias de Direito Penal constitui um fenômeno próprio das sociedades modernas em razão da potencialização dos riscos que fomentam o desenvolvimento de um Direito Penal de segurança, ou mais precisamente, como acentua Polaino-Orts, de um Direito Penal do Inimigo, que seria complementar ao Direito Penal próprio dos cidadãos, destinado à repressão de indivíduos que se revelam como perigosos ao demonstrarem, com seus comportamentos criminosos, enormes potenciais de desintegração social. Esse Direito Penal do Inimigo seria composto por um conjunto de medidas assegurativas a serem aplicadas a criminosos perigosos e imputáveis, e sua finalidade seria justificada pela necessidade de preencher uma deficiência de segurança social gerada por estes delinquentes de elevada periculosidade.²¹⁴

4.2 O EMBASAMENTO FILOSÓFICO

²¹¹ AMBOS, Kai. Direito Penal do Inimigo. **Panóptica**, Vitória, v. 2, n. 7, p. 01-45, 2007. p. 11-12.

²¹² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016b. p. 23.

²¹³ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 36.

²¹⁴ POLAINO-ORTS, 2014, p. 34.

O Direito, segundo Jakobs, constitui o vínculo entre pessoas que possuem direitos e deveres, sendo que a relação perante o inimigo não se dá pelo Direito, mas pela coação. Ocorre que toda uma ordem jurídica autoriza e legitima o emprego de meios coercitivos, sendo o principalmente deles o Direito Penal, para combater a delinquência.²¹⁵

Vários filósofos do passado fundamentaram a constituição de um Estado mediante a firmação de um contrato social entre os indivíduos. A partir disso, esses autores entenderam o crime como uma forma de infração do contrato social pelo delinquente, o que faz com que este não possa mais participar dos benefícios estabelecidos no contrato. O autor do crime que viola o contrato já não possui mais uma convivência com os demais cidadãos dentro de uma relação jurídica.²¹⁶

Segundo essa concepção, denominada como contratualismo, as pessoas devem abdicar de seus direitos e liberdades para um governo ou autoridade com o fim de obter vantagens e seguranças da ordem social. O contrato social se resume em um acordo entre os membros do meio social, que, por meio daquele, anuem e reconhecem a autoridade e se submetem as suas regras. O que ocorre é uma transição do estado de natureza, em que não existe uma ordem social organizada, e os indivíduos teriam suas liberdades limitadas por seu poder e consciência para um estado político e civil. Diante deste cenário, os contratualistas como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant tentam fundamentar, cada um de sua forma, o interesse do indivíduo racional em abandonar a liberdade que possuíam no estado de natureza para obter os benefícios e as seguranças fornecidas por esta nova ordem política e social.²¹⁷

Thomas Hobbes (1588-1679) foi um dos principais teóricos do Estado absolutista moderno. Em sua principal obra “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil” (1651), Hobbes expôs a forma de como os homens, por intermédio da razão, devem vencer as paixões e apetites naturais do estado de natureza, marcado pela intensa disputa, concorrência e conflitos generalizados, por meio da formalização de um contrato social que dá origem a um ente soberano capaz de dirimir as divergências e pôr fim a desordem e a guerra.²¹⁸

²¹⁵ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 24.

²¹⁶ JAKOBS; MELIÁ, loc. cit.

²¹⁷ SILVA, 2016, p. 114.

²¹⁸ POLAINO-ORTS, 2014, p. 42.

Hobbes sustenta que na natureza do ser humano existem três causas que provocam a discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. A primeira leva os homens a se utilizar da violência para atacar os outros com a finalidade de obter lucros e ganhos; a segunda diz respeito a segurança, em que os homens se utilizam da violência para fins defensivos; a terceira para adquirir reputação.²¹⁹

Para conter essas paixões naturais decorrentes de um insustentável estado de natureza, que provoca conflitos permanentes entre os indivíduos, desconfianças, medo e a chamada “guerra de todos contra todos”, há a necessidade dos sujeitos elaborarem um pacto por meio do qual abdicam de suas liberdades e direitos irrestritos em troca de segurança, paz, proteção e um bem maior comum a todos, que serão fornecidos e garantidos pelo ente soberano denominado Estado.²²⁰

Para garantir e assegurar a paz, a segurança e os demais direitos inerentes a própria preservação humana, os indivíduos, por meio do contrato social, criam o Estado, que constitui o ente responsável pela elaboração das leis civis. Essas leis são criadas para manter a segurança e a ordem social, sendo que os indivíduos são compelidos a respeitá-las por serem membros do Estado.²²¹

Nesse estado civil criado pelos cidadãos podem haver aqueles praticam ações ou omissões vedadas pelas leis estatais, ou seja, crimes. Nesse caso, esses indivíduos, ao praticarem tal comportamento, ficam sujeitos às consequências punitivas da pena decorrentes da violação da lei.²²²

Entretanto, conforme destaca Hobbes, há súditos que deliberadamente se revoltam e negam a autoridade do poder soberano do Estado. Nesse caso, ao negar a sujeição ao soberano, o indivíduo nega as penas estabelecidas nas leis civis decorrentes do contrato social, de modo que deve ser tratado como inimigo do Estado. Isso se deve ao fato de que as penas foram estabelecidas pela lei aos súditos, e não para os inimigos.²²³

Hobbes atribui tal tratamento diferenciado ao inimigo pela prática do ato de traição,

²¹⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 108-109.

²²⁰ POLAINO-ORTS, 2014, p. 42-43.

²²¹ SILVA, 2016, p. 130-132.

²²² HOBBS, op. cit., p. 223-225.

²²³ Ibid., p. 237.

porque a natureza desta ofensa consiste na renúncia à sujeição, que é um regresso à condição de guerra a que vulgarmente se chama rebelião, e os que assim ofendem não sofrem como súditos, mas como inimigos. Porque a rebelião é a guerra renovada.²²⁴

Desta maneira, observa Jakobs que Hobbes manteve o delinquente, em princípio, em sua condição de cidadão, que não pode abandonar seu *status* por si mesmo. Contudo, a situação é diferente quando se trata de uma rebelião, ou seja, de um caso de alta traição, uma vez que a natureza de tal delito se encontra no rompimento da relação contratual de submissão, o que significa um regresso ao estado de natureza. Para esse tipo de delinquente, há a necessidade de que seja castigado como inimigo, e não como súdito.²²⁵

Por sua vez, também há como conceber a existência de uma espécie de Direito Penal do Inimigo a partir da obra “O Contrato Social” (1762) do filósofo Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Em tal obra, Rousseau sustenta que os indivíduos se associam, mediante um pacto, para buscar em sociedade o que não conseguem encontrar isoladamente: a segurança. Nesse pacto, há uma alienação por parte do cidadão de seus direitos, isto é, o cidadão cede total e de maneira incondicional sua pessoa e seus direitos para a coletividade para o fim de conservar e reforçar todos os direitos.²²⁶

Nesse sentido, Rousseau explica:

Suponho os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não têm outro meio para conservar senão formar por agregação uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, coloca-las em jogo por uma só motivação e fazê-las agir de comum acordo.²²⁷

²²⁴ HOBBS, 2000, p. 239-240.

²²⁵ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 26.

²²⁶ POLAINO-ORTS, 2014, p. 46.

²²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre, RS: L&PM, 2013. p. 32-33.

Diante dessa situação insustentável, os indivíduos agem de comum acordo e firmam um contrato social, com o estabelecimento de uma autoridade para determinar e regulamentar a vida social. Caso esse pacto resultante desse contrato não seja respeitado, cada um dos indivíduos regressa ao estado primitivo, com seus direitos e liberdades naturais.²²⁸

Há nas cláusulas do referido pacto uma “[...] alienação total de cada associado, com todos os seus bens, à comunidade inteira”.²²⁹ Aliena-se em favor de toda uma coletividade a pessoa, seus bens, direitos e seu poder, que estarão submetidos a uma vontade geral, sendo cada membro considerado como parte indivisível de um todo.²³⁰

Assim o tratado social tem, para Rousseau, a finalidade de conservação de seus contratantes. Por outro lado, aquele que ataca a ordem jurídica e social, trai e combate a pátria e apresenta comportamento incompatível com a preservação do Estado, colocando em risco o contrato social, deve morrer, eis que se trata de um inimigo da sociedade, e não de um cidadão.²³¹

Nas palavras do próprio Rousseau:

[...] todo malfeitor que ataca o direito social torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria, cessa de ser seu membro ao violar as suas leis e pratica inclusive a guerra contra ela. Assim, a conservação do Estado é incompatível com a dele, porque é preciso que um dos dois pereça, e é menos como cidadão do que como inimigo que se faz morrer o culpado. Os processos, o julgamento, são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, portanto, não é mais membro do Estado. Ora, como o culpado se reconheceu como tal, ao menos por sua residência, ele deve ser punido pelo exílio como infrator do pacto ou pela morte como inimigo público, pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito da guerra é matar o vencido.²³²

Contudo, Jakobs introduz os fundamentos de Rousseau como bases do Direito Penal do Inimigo, mas apresenta ressalvas, “[...] pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é

²²⁸ SILVA, 2016, p. 116.

²²⁹ ROUSSEAU, 2013, p. 33.

²³⁰ Ibid., p. 34.

²³¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**: o progresso ao retrocesso. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39.

²³² ROUSSEAU, op. cit., p. 51.

demasiadamente abstrata”.²³³ De maneira geral, uma ordem jurídica deve, segundo Jakobs, manter sob a égide do Direito também o criminoso em função de dois motivos: por um lado, o criminoso tem o direito de voltar a se adequar a sociedade, e para que isso ocorra é necessário que se mantenha seu *status* de cidadão, ou seja sua situação dentro da ordem jurídica; por outro lado, o criminoso possui o dever de arcar com a reparação do dano, sendo que os deveres se assentam justamente na existência de personalidade. Assim, o autor de um delito não pode abdicar arbitrariamente do meio social por meio de sua conduta.²³⁴

O filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), em sua obra “Fundamentos do Direito Natural Segundo Princípios da Teoria da Ciência” de 1796, também analisava a perspectiva do delinquente que praticava uma infração ao contrato social, aprofundando-se a linha de pensamento de Rousseau. Para Fichte, o cidadão assume sua fidelidade ao pacto social e a sua traição é punida com sua exclusão do convívio social, com a perda de seu *status* de cidadão e da integralidade de seus direitos. A pena de toda a infração do contrato social constitui a morte civil, conforme explicita Fichte.²³⁵

Conforme leciona Fichte, a formação de um Estado decorre de um contrato firmado acerca de uma esfera de direitos alienáveis, que constituem aqueles que podem ser concedidos. Esse Estado é um mero conjunto de sujeitos, não possuindo aquele prerrogativas sobre estes, sendo que apenas os cidadãos possuem personalidade real. Esse direito à cidadania não é cedido pelo Estado, sendo algo preexistente ao contrato e, portanto, um direito inalienável. Nesse aspecto, para Fichte, o indivíduo que nada recebeu, a nada renunciou, não contribuindo com a ordem social vigente, razão pela qual não pertence a relação jurídica do Estado. Esse sujeito está em estado de natureza e de absoluta liberdade diante do Estado, devendo sofrer todas as consequências decorrentes dessa situação.²³⁶

Importante consignar que, segundo Fichte, a sociedade civil se baseia “em um contrato de todos os membros com um ou de um com todos”. O Estado, assim, por meio deste pacto, formula toda a legislação civil, que possui validade para todos os indivíduos que voluntariamente a aceitam. Contudo, os indivíduos somente serão coagidos pela força da lei se abdicarem da humanidade, da personalidade e da

²³³ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 25.

²³⁴ Ibid., p. 25-26.

²³⁵ POLAINO-ORTS, 2014, p. 51-52.

²³⁶ SILVA, 2016, p. 121-122.

liberdade. Neste pacto social, cada indivíduo abre mão de alguns dos seus direitos alienáveis, com a condição de que os demais também abrirão mão de alguns dos seus direitos. Caso um membro do pacto social firmado descumpra aquilo que foi estabelecido entre as partes e retoma os direitos anteriormente cedidos, o meio social assume o direito de forçá-lo ao cumprimento, mediante a limitação dos direitos que lhe eram garantidos.²³⁷

Na concepção de Fichte:

[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos.²³⁸

Fichte, em suas ideias, compara o autor de homicídio premeditado e intencional a um inimigo, que deve ser tratado como uma “cabeça de gado”, haja vista que perde a integralidade dos direitos como cidadão e ser humano. Os direitos positivos somente são conservados enquanto o cidadão respeita e assegura os direitos dos demais cidadãos. O delito, dessa forma, é contrário a lógica do Estado, da lei e da ordem social e jurídica.²³⁹

Ocorre que Fichte apresenta uma exceção em relação a essa morte civil do delinquente, não devendo ser aplicada a todos a pena de exclusão, tendo em vista que o Estado tem o interesse em manter e preservar os seus cidadãos. Aos transgressores de normas que não atinjam a vida humana, como, por exemplo, um crime patrimonial, a sociedade deve escolher uma pena que não retire do criminoso todos os seus direitos, desde que tal pena não coloque em risco a manutenção da segurança pública.²⁴⁰

O assassino premeditado e intencional, contudo, seria a única hipótese em que não haveria o afastamento da pena de exclusão mediante elaboração do contrato de penitência. Com isso, a sua privação absoluta de direitos deve ser mantida e o indivíduo é considerado como coisa, um a mera peça de rebanho.²⁴¹

²³⁷ SILVA, 2016, p. 124.

²³⁸ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 25.

²³⁹ VALENTE, 2016, p. 39.

²⁴⁰ Ibid., p. 39-40.

²⁴¹ JAKOBS; MELIÁ; op. cit., p. 25.

Fichte, ainda, acentua que em relação ao inimigo não só o Estado como qualquer membro está autorizado a “prendê-lo, torturá-lo e matá-lo arbitrariamente.”²⁴²

Frisa-se que a execução do criminoso não é classificada como uma pena, mas sim um mecanismo de segurança em relação ao sujeito que perdeu a cidadania.²⁴³

Embora o Direito Penal do Inimigo aproxime-se das concepções de Fichte, Jakobs, bem como em relação as ideias de Rousseau, não as aprova integralmente em razão da separação demasiadamente abstrata entre os sujeitos que praticam crimes, tidos como inimigos, e os cidadãos.²⁴⁴

Por fim, há também elementos de Direito Penal do Inimigo no pensamento do filósofo Immanuel Kant (1724-1804). Em uma de suas obras, intitulada “Para a Paz Perpétua: uma proposta filosófica”, Kant fundamenta as bases de sua teoria na legitimidade da reação punitiva perante os atos de hostilidades praticados por indivíduos que colocam em risco a estabilidade estatal. Segundo Kant, o estado de paz entre os indivíduos que convivem juntos constitui o oposto ao estado de natureza, o qual se caracteriza como um estado de guerra que não encontra compatibilidade com os seres dotados de racionalidade. A paz, para Kant, configura um sucesso da civilização e a sua conservação necessita de ações positivas para manter, de maneira segura, a existência do estado de paz.²⁴⁵

Kant sustenta que existe um estado de natureza, que precisa ser superado por um pacto social que origina o Estado, o que faz com que os homens passem a coexistir em um estado civil. Essa mudança do estado de natureza para o estado civil ocorre por intermédio da adesão compulsiva a esse pacto social imposto pelo imperativo categórico. Esse tratado social é designado por Kant como contrato originário, que desenvolve um sistema de direito público com aptidão de uso da força coercitiva. Por intermédio desse contrato, o indivíduo renuncia às liberdades irrestritas e selvagens e vira um membro do Estado. Nesse Estado, permite-se ao indivíduo que possa usufruir de sua liberdade, que foi condicionada a leis elaboradas pela sua própria deliberação e vontade. Ao aderir a esse contrato e se tornar um membro desta constituição civil, o indivíduo pode obrigar aqueles que ainda não

²⁴² FICHTE, 1960 apud AMBOS, 2007, p. 6.

²⁴³ SILVA, 2016, p. 125.

²⁴⁴ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 25.

²⁴⁵ POLAINO-ORTS, 2014, p. 52.

pertencem ao Estado a tornarem-se membros ou serem compulsivamente expulsos da vizinhança.²⁴⁶

Conforme enuncia Kant:

Admite-se comumente que não se pode proceder hostilmente contra ninguém a não ser quando ele de fato já me lesou, e isto também é inteiramente correto quando ambos estão no estado civil-legal. Pois, pelo fato de que entrou nesse estado, ele dá àquele (mediante a autoridade que possui poder acima de ambos) a segurança requerida. Mas o homem (ou o povo) no puro estado de natureza tira de mim esta segurança e me lesa já por esse mesmo estado, na medida em que está ao meu lado, ainda que não de fato (facto), pela ausência de leis de seu Estado, pelo que eu sou continuamente ameaçado por ele, e posso forçá-lo ou a entrar comigo em um Estado comum legal ou a retirar-se de minha vizinhança. – O postulado, portanto, que serve de fundamento a todos os artigos seguintes é: todos os homens que podem influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição civil.²⁴⁷

Assim, os membros do Estado civil têm o dever de respeitar os outros membros. Caso determinados indivíduos violem as normas sociais de relacionamento, eles podem ser compelidos a serem reintegrados ao Estado ou serem excluídos por terem abandonado os padrões de conduta do estado comunitário. Diante disso, conclui-se que, para Kant, o inimigo é aquele que se encontra no estado de natureza, onde há riscos constantes e permanentes à ordem e a segurança social, ou aquele que, apesar de estar no estado civil, tenha se distanciado deste por meio de comportamentos que ameaçam a paz do estado civil. O mero fato de pertencer ao estado de natureza faz com que haja uma reação contra o indivíduo como se fosse um inimigo.²⁴⁸

Nesse sentido, Kant esclarece que:

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (status naturalis), que é antes um estado de guerra, isto é, ainda que nem sempre haja uma eclosão de hostilidades, é contudo uma permanente ameaça disso. Ele tem de ser, portanto, instituído, pois a cessão das hostilidades ainda não é garantia de paz e, a menos que ela seja obtida de um vizinho a outro (o que, porém, pode ocorrer somente em um estado legal), pode um tratar o outro, a quem exortara para tal, como um inimigo.²⁴⁹

²⁴⁶ SILVA, 2016, p. 137-138.

²⁴⁷ KANT, 2010 apud SILVA, 2016, p. 139.

²⁴⁸ VALENTE, 2016, p. 45

²⁴⁹ KANT, 2010 apud SILVA, 2016, p. 139.

Diante de tais concepções, conforme destaca Jakobs, o indivíduo que não participa da convivência em um estado comunitário-legal deve ser retirado, ou seja, deve ser expulso ou constrangido à custódia de segurança. Dessa forma, não deve ser tratado como pessoa, e sim, nas concepções de Kant, como um inimigo. Esse inimigo seria o sujeito que ameaça constantemente o meio social ou rejeita a adesão ao estado de cidadania. Da mesma forma que Hobbes, Kant reconhece um Direito Penal do Cidadão, destinado a pessoas que não cometem crimes de maneira persistente, e um Direito Penal do Inimigo direcionado àqueles que se desviam “por princípio”. Este último afasta o *status* de pessoa e aquele preserva.²⁵⁰

Ante ao exposto, o Direito Penal do Cidadão constitui também Direito quanto ao criminoso, eis que este continua sendo considerado como pessoa. Contudo o Direito Penal do Inimigo também se apresenta como Direito, porém em outro sentido. Ressalte-se que o Estado tem o direito de manter e preservar a segurança diante de indivíduos que reiteradamente persistem em cometer crimes. Por sua vez, os cidadãos possuem o direito de exigir que o Estado se utilize dos meios necessários e adequados para o fim de concretizar esse fim, ou seja, têm direito à segurança. Contudo, não se encontra no âmbito de proteção jurídica, nos termos de Kant, o indivíduo que de maneira constante passa a ameaçar a vida comunitária.²⁵¹

4.3 O INIMIGO COMO INDIVÍDUO E NÃO COMO PESSOA

Conforme já tratado anteriormente, o Estado possui duas formas de proceder com os criminosos sociais: pode tratá-los como pessoas que delinquem, mas que apenas tenham cometido um deslize, um erro na vida, ou como indivíduos que ameaçam aniquilar a ordem jurídica e a estabilidade social e, por isso, devem ser impedidos mediante coação. Respectivamente, trata-se do Direito Penal do Cidadão e do Direito Penal do Inimigo.²⁵²

²⁵⁰ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 27-28.

²⁵¹ Ibid., p. 28.

²⁵² Ibid., p. 40.

O Direito Penal do Inimigo, segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes, “[...] é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos.”²⁵³

Ocorre que, segundo Jakobs, nem todo criminoso pode ser considerado como um inimigo da ordem jurídica.²⁵⁴

O conceito de inimigo, antes de tudo, deve ser contextualizado com a própria teoria dos sistemas sociais e com o funcionalismo sistêmico. Registre-se que, conforme já assinalado, a personalidade de um indivíduo somente será real quando as expectativas normativas que se dirigem a um indivíduo também se materializarem no plano fático.²⁵⁵

Para compreender o conceito de inimigo, primeiramente, há a necessidade de esclarecer, conforme anteriormente mencionado, que a pessoa, nos termos da teoria dos sistemas sociais, existe em razão de sua relação social. Assim, para Günther Jakobs, inimigos não devem ser considerados como pessoas, uma vez que o significado de pessoa refere-se à forma pela qual se desenvolve o sistema social e que o indivíduo, neste quesito, não oferece uma segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal.²⁵⁶

A sociedade, na concepção sistêmica, deve ser considerada, enquanto sistema social global constituído por subsistemas como o Direito, como um sistema autorreferente e autopoietico dotado de “manifestações de sentido”, que são conhecidas como comunicações. O sistema social, assim se produz e reproduz a si mesmo por intermédio da comunicação. Nesse âmbito, os seres humanos estão contidos no mundo social como indivíduos cumpridores de uma função. Essa função é compreendida por seu conteúdo que é composto por direitos e deveres. A orientação em razão desta função é o que classifica o indivíduo como pessoa. Diante de tal concepção, as pessoas se encontram contidas no sistema social, dentro do qual cumprem uma função que colabora com a manutenção da estrutura da sociedade. Essa integração da pessoa à estrutura da sociedade é definida pela adequação de suas condutas com as normas, como formas de orientação, ou seja, pelo cumprimento de sua função e a conseqüente satisfação das expectativas

²⁵³ MORAES, 2011, p. 190.

²⁵⁴ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 41.

²⁵⁵ SILVA, 2016, p. 86.

²⁵⁶ Ibid., p. 87.

sociais. Conclui-se, dessa forma, que pessoa é a destinatária de direitos e deveres e é quem definitivamente amolda seu comportamento ao conteúdo das normas.²⁵⁷

Este conceito de pessoa é normativo, que é definido como um conjunto de direitos e deveres do indivíduo e por sua fidelidade a estes e constitui uma construção social. O indivíduo passa a ser considerado pessoa quando é concebido como o destinatário de expectativas normativas, ou seja, quando assume direitos e contrai deveres perante a estrutura social, adequando seu comportamento ao disposto pelas normas. Isso ocorre na transição do estado de natureza para o estado em sociedade. A partir disso, o indivíduo é regulado pela estrutura normativa da sociedade, protegendo a si mesmo e possibilitando a personalidade dos demais indivíduos.²⁵⁸

Jakobs enfatiza que “[...] só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.”²⁵⁹

Na mesma linha de pensamento, Miguel Polaino-Orts afirma que “pessoa em Direito é quem normalmente se orienta pela norma e em geral a respeita, ainda que eventual ou pontualmente a infrinja.”²⁶⁰

Tendo em vista esse conceito normativo e social de pessoa, Kelly Cardoso da Silva conclui, ao analisar as ideias de Jakobs, que “[...] como o conceito de pessoa não é algo determinado pela natureza, mas sim é uma construção social, nem todos os seres humanos podem ser englobados nesse conceito, ficando fora desta denominação jurídico-penal os inimigos.”²⁶¹

Nesse sentido, não havendo essa garantia cognitiva ou se ela for negada expressamente, o Direito Penal transforma-se de uma reação da sociedade perante o crime cometido por um de seus membros para uma reação contra um inimigo.²⁶²

Jakobs, diante deste contexto, adverte que:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o

²⁵⁷ POLAINO-ORTS, 2014, p. 58-59.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 59.

²⁵⁹ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 43.

²⁶⁰ POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 23.

²⁶¹ SILVA, 2016, p. 87.

²⁶² MORAES, 2011, p. 191.

direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo.²⁶³ (grifo do autor)

Importante salientar que definição do conceito de inimigo é uma incumbência exclusiva do Direito e não da Política. Na concepção de Jakobs, inimigo não é um adjetivo qualificativo ou desqualificativo, mas sim um categoria científico-descritiva, ou seja, não se pretende constituir, configurar ou converter alguém em inimigo, mas sim descrever uma realidade. O referido jurista alemão opõe o conceito de inimigo ao de cidadão, o qual seria o sujeito que se orienta conforme a norma e que pode cometer um deslize na vida com a prática eventual de um crime. Com relação ao inimigo, este se apresenta como alguém com um nível de periculosidade alta que não oferece a garantia social mínima necessária para ser tratado como “pessoa em Direito” e que, com o seu comportamento, gera insegurança cognitiva.²⁶⁴

Para Eugenio Raúl Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...].²⁶⁵ (grifo do autor)

Jakobs atribui o conceito de inimigo aos indivíduos que delinquem de maneira duradoura e, portanto, se afastaram do Direito, não proporcionando a garantia cognitiva mínima imprescindível para serem tratados como pessoa. Incluem-se nesta categoria a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os delitos sexuais e outras infrações perigosas, de modo que a reação a este tipo de criminalidade não deve ser de compensação de uma ofensa à vigência normativa, mas de eliminação de um perigo.²⁶⁶

Assim sendo, observa-se que inimigo, conforme sintetiza Polaino-Orts, é o indivíduo que, mesmo mantendo a sua capacidade intelectual e volitiva e dispendo

²⁶³ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 40.

²⁶⁴ POLAINO-ORTS, 2014, p. 60.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

²⁶⁶ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 33-34.

de todas as possibilidades de amoldar o seu comportamento à estrutura normativa, decide se autoexcluir da sociedade, renunciando às normas dirigidas a pessoas “razoáveis e competentes”, e se despersonaliza mediante a prática de um ato que ameaça e provoca insegurança cognitiva, colocando em risco a estrutura social e o desenvolvimento completo dos demais cidadãos. Constitui, dessa forma, um indivíduo que merece e deve ser combatido, drasticamente, pelo ordenamento normativo por intermédio de uma reação assegurativa eficaz. Essa forma de reação visa à garantia e ao restabelecimento mínimo do respeito da convivência das pessoas e de seus direitos fundamentais.²⁶⁷

O tratamento do inimigo, portanto, deve ser diverso do tratamento dado ao cidadão, pois aquele “[...] que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.²⁶⁸ Com isso, uma vez sendo inimigos, não pode participar dos benefícios concedidos pelo Estado aos seus cidadãos, devendo ser tratado por um procedimento de guerra.²⁶⁹

4.4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Segundo, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, a sociedade moderna, para enfrentar seus inimigos, recorreu a regulamentações jurídicas bastante características de um Direito Penal diferenciado como: a) antecipação da punibilidade com a elaboração de tipos penais de mera conduta e perigo abstrato, bem como a tipificação de atos preparatórios; b) desproporcionalidade das penas; c) legislações denominadas de “leis de luta ou de combate” como em determinados países europeus; c) restrição de garantias penais e processuais penais; e) formas penitenciárias específicas de regulação ou de execução da pena como regime disciplinar diferenciado adotado no Brasil.

Nesse sentido, conforme as noções de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo apresenta sinteticamente três características como: a) amplo adiantamento da punibilidade, que significa uma visão prospectiva do ordenamento jurídico, tendo

²⁶⁷ POLAINO-ORTS, 2014, p. 63.

²⁶⁸ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 35.

²⁶⁹ SILVA, 2016, p. 89.

como ponto de referência o fato futuro, ao invés da perspectiva habitual de caráter retrospectivo; b) penas cominadas desproporcionalmente altas, não sendo considerada a antecipação da barreira de punição para reduzir a pena estabelecida; c) relativização das garantias processuais ou até mesmo a supressão destas.²⁷⁰

Kelly Cardoso da Silva resume da seguinte forma: a) a teoria do Direito Penal do Inimigo refere-se a uma política criminal que diferencia cidadãos de inimigos, atribuindo um tratamento mais recrudescido a este; b) verifica-se que o inimigo deve ser punido com a aplicação de custódia de segurança, e não com pena, a qual é aplicada somente aos cidadãos; c) o inimigo é punido em razão de sua periculosidade, e não conforme a sua culpabilidade; d) as medidas que incidem sobre os inimigos levam em consideração o perigo que estes indivíduos representam para o futuro, caracterizando um sistema penal prospectivo, e não retrospectivo; e) o Direito Penal do Inimigo versa sobre um Direito penal de autor, e não de fato; f) o inimigo não pode ser considerado como pessoa, portadora de direitos, mas sim como objeto de coação; g) o cidadão, mesmo após praticar o crime, continua com seu *status* de pessoa, enquanto o inimigo perde esse *status*; h) a finalidade do Direito Penal do Cidadão é preservar a vigência da norma, enquanto que o Direito Penal do Inimigo se destina à repressão de perigos; i) há um adiantamento da incidência da tutela penal no Direito Penal do Inimigo, que faz com que a esfera de proteção da norma se antecipe, atingindo atos preparatórios.²⁷¹

No que tange às características de antecipação da ingerência da reação penal, destaca-se que, enquanto o Direito Penal do Cidadão, garantista, detentor dos princípios fundamentais, tem como hábito aguardar a produção de uma violação efetiva ou a exposição a perigo de um bem jurídico concreto, o Direito Penal do Inimigo antecipa a sua barreira de punição para um momento anterior, que corresponde ao momento quando o perigo é mais precoce e atinge bens jurídicos com um maior grau de abstração.²⁷²

Ademais, não haveria uma redução proporcional com a antecipação da barreira de punibilidade penal. Nesse diapasão, punem-se atos preparatórios como fatos consumados, mantendo-se uma penalidade incisiva a eles.²⁷³

²⁷⁰ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 90.

²⁷¹ SILVA, 2016, p. 91-92.

²⁷² POLAINO-ORTS, 2014, p. 30.

²⁷³ POLAINO-ORTS, loc. cit.

Essa antecipação da tutela penal se materializa na criminalização dos chamados delitos de perigo abstrato, da tentativa e dos atos preparatórios. E é nesse aspecto que Jakobs admitia a necessidade de uma intervenção antecipada, classificando como crime autônomo um ato que, por sua mera natureza, seria considerado como preparatório ao cometimento de outro delito, e, em alguns casos, como mera cogitação.²⁷⁴

Além das demais características mencionadas, merece destaque a da relativização das garantias penais e processuais penais, que vem sendo adotada de maneira mais contundente para o enfrentamento do terrorismo e da criminalidade organizada, bem como para solucionar problemas de funcionamento e efetividade da Justiça. Ressalte-se, nesse aspecto, que há dificuldades para a coleta de provas e quanto aos procedimentos persecutórios nos crimes próprios da modernidade, que envolvem, por exemplo, uso da rede mundial de computadores, associações criminosas transnacionais com forte poder econômico e alto potencial bélico.²⁷⁵

Essas supressões e reduções das garantias penais e processuais penais estão sendo adotadas por vários Estados com o objetivo de tornar mais efetiva a norma penal em vigência, demonstrar mais segurança à sociedade e destacar a forma de atuação política para o fim de tentar solucionar problemas de ordem jurídica, social e política. A sociedade, acuada pela violência e pelos índices alarmantes da criminalidade contemporânea, legítima e aceita essas relativizações de direitos e garantias.²⁷⁶

Assim, avança a barreira de punição para esferas de atos preparatórios, aumentam-se os delitos de tipo de perigo abstrato, elevam-se as penas cominadas de maneira desproporcional, divide a sociedade em cidadãos e inimigos entre outras medidas que levam a relativização de princípios como da ofensividade, da tutela de bens jurídicos, da legalidade etc.

Jakobs constata que:

Como no Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado [...]. Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à

²⁷⁴ SILVA, 2016, p. 95.

²⁷⁵ MORAES, 2011, p. 203-204.

²⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 99.

eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa [...].²⁷⁷

Dessa forma, verificam-se tendências contrárias de contradição e neutralização de perigos tanto no Direito material quanto no Direito Processual. Neste último, cabe mencionar a intervenção no âmbito das comunicações telefônicas, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados como exemplos de um direito processual de luta, combate e enfrentamento do inimigo, mecanismos estes que se afastam dos padrões liberais e garantistas do Direito Penal clássico.²⁷⁸

Ademais, o próprio Jakobs afirma que se trata de um procedimento em que não se observa a separação entre o Poder Executivo e o Judiciário, que “[...] não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se um procedimento de guerra.”²⁷⁹

Há de se ressaltar a característica do Direito Penal do Inimigo quanto à substituição da pena pela chamada “custódia de segurança”. Nesse sentido, salienta-se que para que se tenha a incidência da tutela penal há a necessidade de que haja sujeitos que se comportem conforme a norma para haver aqueles que a violem. Uma vez violada a norma, surge para o Estado o poder-dever de solucionar o conflito por intermédio da aplicação de sanções penais, que, em geral, são representadas pelas penas. A pena, para Jakobs, é uma forma de coação e é compreendida exatamente como resposta ao fato cometido por uma pessoa racional.²⁸⁰

A pena apresenta um significado, que é o de demonstrar que a relevância do comportamento transgressor da norma não é determinante e que a norma segue vigente. A pena, assim, tem uma missão de confirmar a eficácia da norma.²⁸¹

Ocorre que em determinados casos, em razão da gravidade dos fatos, a coação em relação ao indivíduo perigoso precisa ser mais efetiva e, para isso, deve ser convertida em uma custódia de segurança.²⁸²

²⁷⁷ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 38.

²⁷⁸ MORAES, 2011, p. 204.

²⁷⁹ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 38-39.

²⁸⁰ SILVA, 2016, p. 100.

²⁸¹ JAKOBS, 2008, p. 26.

²⁸² SILVA, op. cit., p. 100.

Jakobs assinala que:

Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Isso talvez se perceba, com especial clareza, quando se passa do efeito de segurança da pena privativa de liberdade à custódia de segurança, enquanto medida de segurança [...].²⁸³

A partir desse momento, ao invés do cidadão, tido como pessoa, que se encontra em um ambiente comunicativo e de interação, e contra quem se aplica a pena para reafirmar a vigência da norma violada, surge a figura do inimigo, que deve ser sancionado por meio de uma custódia de segurança, que significa somente uma coação física em razão de seu grau de periculosidade.²⁸⁴

Diante de tais circunstâncias, Jakos assevera que:

“[...] a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade [...].²⁸⁵

Deste modo, a pena torna-se uma medida direcionada mais para proteger a sociedade por meio da prevenção de fatos delitivos futuros, assumindo o Direito Penal uma perspectiva mais prospectiva, do que para coibir fatos já praticados no passado, que seria a perspectiva de caráter retrospectivo. Com isso, provoca-se uma alteração no paradigma de ingerência do Direito Penal sob o ponto de vista punitivo, haja vista que, ao invés de se ater ao fato cometido, prefere-se direcionar a sua atuação preferencialmente ao fato que, em razão da periculosidade elevada do indivíduo, este pode vir a praticar.²⁸⁶ Assim, passa a ser relevante tanto o mal cometido como também o mal que, em função da periculosidade real existente, pode vir a cometer.²⁸⁷

²⁸³ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 22-23.

²⁸⁴ SILVA, 2016, p. 101.

²⁸⁵ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 23.

²⁸⁶ POLAINO-ORTS, 2014, p. 37.

²⁸⁷ Ibid., p. 30.

5 CRIME DE GENOCÍDIO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O último capítulo do presente estudo abordará o conceito do crime de genocídio, os massacres ocorridos em Ruanda e na Ex-Iugoslávia, bem como a atuação, em alguns casos, dos respectivos Tribunais Penais Internacionais criados para julgar os genocídios perpetrados. Ao final, a presente pesquisa procurará demonstrar que o criminoso processado e julgado pela prática do crime de genocídio já recebe um tratamento diferenciado por parte da humanidade, que o enxerga como um inimigo social, legitimando a incidência das normas de Direito Penal do Inimigo.

5.1 CONCEITO DE CRIME DE GENOCÍDIO

O crime de genocídio foi considerado como uma das principais preocupações da humanidade após o final da Segunda Guerra Mundial, tendo levado a adoção por parte da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 260-A (III), da “Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, em 1948, tendo entrado em vigor em 1951. O genocídio, dessa forma, passou a ser compreendido como um crime internacional e a mais grave espécie de delito contra a humanidade. Conforme dispõe o artigo 2º da aludida Convenção, conceitua-se como genocídio os atos perpetrados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, quais são: a) assassinato de pessoas pertencentes ao grupo; b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe causem a destruição física, total ou parcial; d) medidas que impeçam nascimentos no âmbito do grupo; e) transferência forçada de menores de idade do grupo para outro grupo.²⁸⁸

No que tange à conduta de assassinar membros de um grupo, salienta-se que tal dispositivo previsto na referida Convenção tem como objetivo punir a simples e mera matança de membros de um grupo, por intermédio de agressões diretas,

²⁸⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55-56.

milícias organizadas ou prisão em campos de concentração, atitudes estas que envolvem eliminação física direta, privação de pessoas de alimentação, imposição de trabalhos forçados em excesso etc.²⁸⁹

Depreende-se desta modalidade de genocídio a exigência de que a morte de uma pessoa decorra de um fato doloso (tanto dolo direto como eventual) do criminoso, compreendendo-se tanto condutas comissivas como omissivas. Não há que se falar, entretanto, nesse caso em modalidade culposa.²⁹⁰

Quanto ao ato de causar lesão grave à integridade física ou mental de pessoas do grupo, tem-se que tal modalidade de crime de genocídio envolve violações corporais de qualquer gravidade e crimes sexuais como, por exemplo, estupros em massa. O dano mental refere-se ao uso compulsório de substâncias entorpecentes narcóticas. Ressalte-se que todos estes atos devem ter o objetivo de enfraquecer os membros do grupo de maneira física ou mental.²⁹¹

Para que uma lesão seja considerada como grave, o ataque, segundo Carlos Canêdo da Silva, tem que “[...] efetivamente colocar em perigo a sobrevivência do grupo.”²⁹²

No que se refere ao ato de submissão intencional do grupo a condições de existências que conduzem a sua eliminação física total ou parcial, denota-se que a intenção do criminoso neste caso é a de levar as pessoas a uma morte morosa, privando as vítimas de comida, água, abrigo, assistência médica ou outros meios necessários para a subsistência.²⁹³

Nas palavras de Pereira Júnior:

São, essencialmente, atos que procuram privar as vítimas de condições básicas para sua sobrevivência, como acesso a alimentos, medicamentos, expulsões sistemáticas de suas casas etc. É inerente à definição dessa modalidade a longa duração de sua execução, ou seja, trata-se de um crime que tende a provocar uma morte bastante lenta a partir da degradação das condições de vida com o propósito de exterminar. Vale dizer que essa é uma modalidade que não exige resultado.²⁹⁴

²⁸⁹ PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. Curitiba: Appris, 2014. p. 84.

²⁹⁰ PEREIRA JÚNIOR, Eduardo Araújo. **Crime de Genocídio segundo os Tribunais *ad hoc* da ONU para ex-Iugoslávia e Ruanda: origens, evolução e correlação com crimes contra a humanidade e crimes de guerra**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 142.

²⁹¹ PAULA, op. cit., p. 85

²⁹² SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 118.

²⁹³ PAULA, op. cit., p. 85.

²⁹⁴ PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 156.

Há também os atos de genocídio destinados a impedir os nascimentos no seio do grupo. Trata-se de medidas que impedem o regular desenvolvimento dos nascimentos no âmbito do grupo, levando, de maneira paulatina, a sua extinção.²⁹⁵ Nesse caso, há a intenção de inviabilizar os meios de reprodução das vítimas, levando o grupo ao seu desaparecimento, como, por exemplo, esterilização forçada, separação de sexos, proibição de casamentos entre outros.²⁹⁶

No que diz respeito aos atos de transferência forçada de menores de um grupo para outro, há de se compreender que o objetivo é evitar a assimilação de crianças pelo agressor. A redação de tal tipo na referida Convenção tem por escopo evitar que fosse interpretado restritivamente como a mera transferência de crianças de uma região geográfica para outra. Englobam-se na hipótese de transferência forçada as ameaças e intimidações empregadas pelos agressores para mover menores de um grupo para outro.²⁹⁷

Segundo Luiz Augusto de Paula, essa hipótese de crime de genocídio visa, de certo modo, à preservação da identidade de um grupo. Embora não haja ofensa à existência da vítima, a transferência forçada de menores pode levar ao esvaziamento da identidade cultura por meio da assimilação das crianças do grupo no grupo que as recebe.²⁹⁸

Por sua vez, no tocante ao artigo 3º da mesma Convenção, há a previsão de punição, além do crime de genocídio, às seguintes condutas: a) o conluio para cometer o genocídio; b) a incitação pública e direta para cometer genocídio; c) a tentativa de genocídio; d) a cumplicidade no genocídio.²⁹⁹ Importante mencionar que essas demais condutas serão analisadas mais adiante.

Dessa forma, conclui-se que o elemento essencial para caracterização do crime de genocídio é o dolo específico do agente de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.³⁰⁰

Além disso, o frisa-se que o genocídio, independentemente da previsão contida na Convenção de 1948, é um delito segundo o costume internacional.

²⁹⁵ SILVA, 1998, p. 120.

²⁹⁶ PAULA, 2014, p. 85.

²⁹⁷ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 162-163.

²⁹⁸ PAULA, op. cit., p. 85.

²⁹⁹ MAZZUOLI, 2009, p. 56.

³⁰⁰ PAULA, op. cit., p. 84.

Assim, ele deve ser considerado como uma conduta a ser condenada e punida independentemente da adesão à aludida Convenção.³⁰¹

A prática do crime de genocídio não é algo novo, sendo possível encontrar vários exemplos de práticas genocidas ao longo da história da humanidade. Com o transcurso do tempo, consolidou-se, cada vez mais, no âmbito da comunidade internacional, o caráter costumeiro do crime de genocídio, posição esta também corroborada pela Corte Internacional de Justiça, na Opinião Consultiva de 28 de maio de 1951 em que o delito de genocídio foi elevado a categoria de crime do Direito Internacional.³⁰²

Por fim, cabe salientar que o crime de genocídio se consuma quando o autor concretiza o tipo objetivo contra uma pessoa ou um grupo de pessoas, mesmo que não se tenha alçando a aniquilação do grupo almejado.³⁰³

5.2 OS GENOCÍDIOS EM RUANDA E NA EX-IUGOSLÁVIA

Ruanda é um país localizado no leste do continente africano constituído, predominantemente, por duas etnias: os Hutus e os Tutsis. Originariamente, os Tutsis eram pastores e pecuaristas e os Hutus eram lavradores. Há também a etnia Twa, que corresponde a aproximadamente 1% da população. Ocorre que, em razão da aparência física, os Tutsis foram favorecidos no período da colonização dos belgas, tendo lhes sido ofertado cargos de maior relevância e, por conseguinte, maior *status social*. Isso se deu em razão do fato de que se acreditava que os Tutsis era mais evoluídos por serem mais parecidos com a fisionomia dos europeus, com feições mais claras e delgadas. Para tornar o critério étnico como um fator determinante da existência ruandesa, os belgas elaboraram cartões de identidade étnicos, tendo a oposição política entre Hutus e Tutsis atingido circunstâncias mais graves e violentas ao final da década de 1950.³⁰⁴

Em 1962 foi declarada a independência de Ruanda, tendo Gregoire Kayibanda, um professor Hutu, sido eleito como o primeiro presidente do país. Seu

³⁰¹ PAULA, 2014, p. 84.

³⁰² MAZZUOLI, 2009, p. 56-57

³⁰³ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 165

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 58.

governo foi formado exclusivamente por pessoas da etnia Hutu. Nesse período, os Tutsis começaram a ser excluídos da vida política do país.³⁰⁵

Os primeiros assassinatos organizados de Tutsis se iniciaram algum tempo após a posse de Kayibanda, sendo que as primeiras vítimas foram adversários políticos. Cada prefeitura local tinha um responsável pela organização das matanças. Entretanto, ressalta-se que as mortes aconteceram em um grau bem menor do que o genocídio ocorrido em 1994, mas o modo de execução das mortes era o mesmo: bandos organizados, excursões a áreas mais distantes em busca de vítimas, bloqueios nas estradas e utilização de armamento branco. O Conselho Mundial de Igrejas apresentou uma estimativa de que foram mortos entre 10.000 e 14.000 pessoas.³⁰⁶

Na década de 1970, Juvénal Habyarimana, um militar de carreira Hutu que havia sido chefe de polícia, ministro da Guarda Nacional e ministro da Defesa, tomou o poder, tendo cessado, praticamente, as matanças contra Tutsis, mas estes continuaram excluídos da vida política. Foi um governo marcado pela manutenção estável da economia e de corrupção generalizada. Em 1989, contudo, Ruanda entrou em uma grave crise econômica, ocasionada, sobretudo, pela brusca queda dos preços do principal produto de exportação do país: o café. Isso levou ao colapso a saúde pública e a educação.³⁰⁷

Vários Tutsis fugiram para os países vizinhos, como Uganda, com o fim de encontrar uma situação melhor de vida. Em Uganda, gradualmente, foi se formando a chamada Frente Patriótica Ruandesa (FPR), constituída de imigrantes ruandeses que pensavam em um determinado momento retomar o poder em Ruanda. Após conflitos e diversos desentendimentos com o exército ruandês, a FPR e este firmaram os Acordos de Paz de Arusha, no ano de 1993, que tinha como objetivo estabelecer as tratativas para formar um governo de coalizão em Ruanda.³⁰⁸

No dia 06 de abril de 1994 teve início uma onda de massacres que resultariam, cem dias depois, no genocídio de cerca de 800 mil pessoas. O estopim dessa onda de violência foi o atentado contra o avião do presidente Habyarimana, que foi utilizado como pretexto pela guarda presidencial e pelas milícias extremistas

³⁰⁵ PAULA, 2014, p. 43.

³⁰⁶ PAULA, loc. cit.

³⁰⁷ Ibid., p. 44.

³⁰⁸ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 59.

Hutus, que organizaram barricadas nas ruas da capital Kigali e culparam os Tutsis pelo atentado. A partir desse momento, o genocídio contra os Tutsis tomou forma.³⁰⁹

Ao longo dia 06 de abril de 1994 e no dia seguinte houve a instalação de bloqueios nas estradas e ruas de Kigali. Vários grupos de soldados ruandeses estavam nas vias com ordens para pedir os cartões de identidade étnica e assassinar os identificados como Tutsis. Desde este momento posterior à queda do avião presidencial até o mês de julho de 1994, soldados do exército de Ruanda, da guarda presidencial e de milícias extremistas eliminaram Tutsis, Twas e Hutus moderados, por meio de armas de fogo, machetes e outras armas brancas. Removiam os corpos em caminhões, organizando e controlando os bloqueios nas estradas e ruas, estupravam mulheres e saqueavam as propriedades das pessoas mortas ou dos que fugiam.³¹⁰

A Missão de Assistência das Nações Unidas instalada em Ruanda (UNAMIR) chegou até fornecer informações ao gabinete do Secretário-Geral acerca do massacre que estava na iminência de acontecer, mas não foi lhe dada a devida atenção, tampouco poder para interferir e impedir a matança dos Tutsis. Alguns soldados belgas à serviço da UNAMIR chegaram a morrer nas investidas dos Hutus contra os Tutsis.³¹¹

A Frente Patriótica Ruandesa promoveu contra-ataques para defender os Tutsis que estavam sendo massacrados e em 17 de julho de 1994 tomaram o poder, cessando o genocídio. Após isso, iniciaram-se os procedimentos para a formação de um governo de coalização liderado por Pasteur Bizimbugu, um Tutsi. Posteriormente, em 08 de novembro de 1994, após requerimentos do governo ruandês, foi criado pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 955, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).³¹²

Quanto ao genocídio ocorrido na ex-Iugoslávia, cabe registrar, primeiramente, que esta era formada anteriormente por seis repúblicas: Eslovênia, Croácia, Bósnia-Herzegovina, Sérvia, Montenegro e Macedônia, além de duas províncias autônomas no interior da Sérvia (Kosovo e Voivodina). Cabe salientar que a diversidade étnica

³⁰⁹ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 59.

³¹⁰ PAULA, 2014, p. 52-53.

³¹¹ PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 59.

³¹² Ibid., p. 59-60.

em cada um destes territórios era grande.³¹³ Nesse sentido, conforme os dados do Censo de 1981, a população da antiga Iugoslávia era dividida nos seguintes percentuais: 36,3% de sérvios; 19,7% de croatas; 8,9% de muçulmanos; 7,8% de eslovenos; 7,7% de albaneses; 5,9% de macedonios; 2,5% de montenegrinos; 1,9% de húngaros; 3,9% de outras nacionalidades e 5,4% de iugoslavos. Isso levou a uma grande miscigenação e originou conflitos ao longo dos tempos.³¹⁴

A união pacífica de todos esses povos no interior do território iugoslavo se manteve durante anos em razão do governo forte e firme sob a liderança do Marechal Josip Broz Tito, que reunificou o país em uma federação composta por seis repúblicas após a expulsão dos nazistas no final da Segunda Guerra Mundial.³¹⁵

Com a desintegração da União Soviética, a qual era uma grande parceira adjacente da Iugoslávia, e a morte do Marechal Tito, houve um enfraquecimento da união étnica no país. Em 1981, surgiram pontos centrais de violência com a repressão do governo iugoslavo contra as manifestações de independência no Kosovo, que, ao ser elevado à esfera de república autônoma gerou divergências com os sérvios que se sentiam ameaçados de uma anexação da província pela Albânia, haja a vista a maioria albanesa moradora no local.³¹⁶

Jayme Lima Júnior explica que:

Por essa razão, as vozes nacionalistas albanesas eram violentamente reprimidas pelo governo central iugoslavo. Noutro movimento de resistência, a oposição sérvia se aproveitada da situação para acusar as autoridades locais (a Sérvia) de trair os interesses sérvios no Kosovo, permitindo sua autonomia.³¹⁷

Salienta-se que a Constituição de 1974 assegurou autonomia econômica para as seis repúblicas e às províncias locais, todavia, nos anos 1980 políticas econômicas malsucedidas ocasionaram descontentamento e atritos entre os

³¹³ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 53.

³¹⁴ PEREIRA, Fernanda Moura. **O Legado do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia para a Constituição do Estatuto de Roma**. 66 f. Monografia (Graduação) – Curso de Relações Internacionais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009. p. 15-16.

³¹⁵ Ibid., p. 16.

³¹⁶ PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 54.

³¹⁷ LIMA JÚNIOR, 2005 apud PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 54.

poderes da região. Diante deste contexto, lideranças com discursos nacionalistas como o sérvio Slobodan Milosevic ganharam notoriedade ao propor soluções extremas e radicais para dirimir os problemas políticos.³¹⁸

Milosevic se elegeu presidente da Sérvia em 1989 e iniciou um tratamento de repressão e violência contra a população da província autônoma do Kosovo, extinguindo a sua autonomia e subjugando a oposição.

Conforme salienta Fernanda Moura Pereira:

Milosevic, por meio de discursos radicais, instigou o ódio dos sérvios contra croatas e muçulmanos, alegando que estes estariam promovendo políticas contrárias aos interesses da minoria sérvia e, por isso, deveriam ser executados, humilhados e expulsos da região.³¹⁹

Essa forma de tratamento violento dado pela Sérvia à região do Kosovo fez com que as populações de outras localidades sentissem que suas liberdades estavam sendo cerceadas, tendo fortalecido o aparecimento de um sentimento de autodefesa local. Motivados pelo direito de autodeterminação dos povos, Eslovênia, Croácia e Macedônia proclamaram independência em 1991, bem como a Bósnia em 1992, ano em que as repúblicas da Sérvia e Montenegro originaram a nova República Federal da Iugoslávia, sob a presidência de Milosevic. Após isso, Milosevic fomentou várias intervenções militares, que objetivavam a reunificação dos sérvios remanescentes nas demais repúblicas vizinhas.³²⁰

Acerca de tal situação, Jayme Lima Júnior destaca que:

O direito à auto-determinação dos povos, defendido pelas repúblicas que declaravam independência, entrava em conflito com o direito das minorias, defendido pela Sérvia, que possuía contingentes populacionais minoritários em toda a região, principalmente na Croácia e na Bósnia. Extremistas sérvios foram apoiados por Milosevic para desestabilizar os novos governos, o que veio a suscitar diversas declarações de independência de regiões autodenominadas “sérvias” dentro dos territórios das novas repúblicas independentizadas.³²¹

³¹⁸ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 54-55.

³¹⁹ PEREIRA, 2009, p. 16.

³²⁰ PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 55.

³²¹ LIMA JÚNIOR, 2005 apud PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 55-56.

Por sua vez, os sérvios residentes na Bósnia não aceitaram o referendo realizado em 1992 e proclamaram a República Sérvia da Bósnia, sob a liderança dos generais Mladic e Karadzic. Essa área sob o comando dos sérvios na Bósnia era necessária para interligar a Sérvia e os territórios conquistados por sérvios na Croácia. Na medida em que as áreas eram dominadas pelos sérvios, promoveram-se políticas de limpeza étnica nas regiões consistentes em expulsões violentas de outros povos da região, para o fim de homogeneizá-las. Foram criados campos de concentração em que se reuniam os etnicamente diferentes, tendo sido perpetrados contra estes torturas, estupros e assassinatos.³²²

No final do ano de 1992, restou constatado a morte aproximada de 50 mil pessoas e em torno de 2 milhões de refugiados, além do fato de que a Sérvia havia ocupado 70% do território da antiga Iugoslávia e não estava disposta a abrir mão do que havia conquistado. Após um embargo de armamento em 1991 à Iugoslávia e a elaboração de uma Força de Proteção da ONU em 1992, esta, no ano de 1993, mediante decisão do Conselho de Segurança, criou uma Comissão Independente de Peritos para analisar as violações de Direitos Humanos e de Direito Humanitário nos confrontos ocorridos no território iugoslavo. Com base nas informações colhidas por esta comissão, o Conselho de Segurança determinou a criação, em 25 de maio de 1993, por intermédio da Resolução 827, o Tribunal Internacional Penal para Ex-Iugoslávia, o qual passou a funcionar em novembro do mesmo ano.³²³

Ademais, no ano de 1993 foram criadas áreas de proteção e segurança pela Organização das Nações Unidas (ONU) em sete cidades da Bósnia para proteger as minorias étnicas da região, iniciativa esta que restou frustrada, não tendo obtido êxito na manutenção da segurança dessas áreas. O caso mais emblemático foi o que ocorreu em julho de 1995 na cidade de Srebrenica, uma área que estava sob proteção da ONU. Forças armadas sérvias, sob a liderança de Karadzic e Mladic, invadiram a cidade, tendo o destacamento holandês que se encontrava no local permanecido inerte.³²⁴

Em Srebrenica, as forças sérvias executaram sumariamente cerca de 8 mil muçulmanos dos 40 mil que habitavam a cidade.³²⁵ As ações ocorridas em

³²² PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 56.

³²³ Ibid., p. 56-57.

³²⁴ Ibid., p. 57.

³²⁵ PEREIRA, 2009, p. 17.

Srebrenica são as únicas consideradas apenas como genocídios por parte da Corte Internacional de Justiça e pelo Tribunal Internacional Penal para Ex-Iugoslávia.³²⁶

5.3 O GENOCIDA COMO INIMIGO DA SOCIEDADE: ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DE JEAN KAMBANDA E ZDRAVKO TOLIMIR À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Um dos líderes políticos do genocídio ocorrido em Ruanda foi o economista, banqueiro e político filiado ao partido “Movimento Democrático Republicano (MDR) Jean Kambanda. Em 8 de abril de 1994, logo em seguida à queda do avião presidencial, Kambanda foi nomeado primeiro-ministro de Ruanda, cargo que ocuparia até 17 de junho de 1994.³²⁷

Kambanda teve participação nos massacres de milhares de Tutsis. Ele possuía autoridade de direito e de fato, exercendo controle sobre os membros do governo, sendo o grande responsável pelo direcionamento das atividades deste. Kambanda, em seu cargo, tinha o poder para interferir nas nomeações e exonerações de servidores civis e militares do alto escalão do governo.³²⁸

A Promotoria atuante perante o Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendeu que Kambanda, no exercício do poder, não cumpriu com sua missão de proteger a população de Ruanda em razão de: a) ter participado de reuniões em que os massacres eram tratados de maneira escancarada; b) sua intervenção e seu papel na substituição de um prefeito Tutsi que se opusesse às matanças; c) suas viagens ao redor do país, mesmo com os massacres em andamento; d) sua influência e atuação na cúpula decisória do governo durante o período em que esteve no cargo.³²⁹

Diante dos fatos, a Promotoria concluiu pelo indiciamento de Kambanda pela prática de seis crimes: a) genocídio; b) conluio para praticar genocídio; c) incitação pública e direta ao genocídio; d) cumplicidade em genocídio; e) crimes contra a humanidade pela prática de homicídios; f) crimes contra a humanidade por meio de

³²⁶ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 57.

³²⁷ PAULA, 2014, p. 131.

³²⁸ Ibid., p. 132.

³²⁹ PAULA, loc. cit.

extermínio. Entendeu-se que Kambanda participou de transmissões de rádio incentivando as matanças e apoiou o seu uso como forma de “arma de guerra”; determinou o estabelecimento de bloqueios nas estradas; distribuiu armamentos e munições; ordenou, incentivou e auxiliou outros ministros, prefeitos, burgomestres e demais autoridades a aniquilarem Tutsis e Hutus moderados, além de ter participado ativamente de reuniões do governo interino para discutir medidas de “pacificação”, que na realidade seria um termo utilizado para mascarar o genocídio.³³⁰

Em seu julgamento, Kambanda se declarou culpado de todas as acusações da promotoria, confessando a prática dos crimes, a qual foi acatada pela Câmara de Julgamento, eis que havia sido espontânea, livre, voluntária e lastreada em evidências. Kambanda foi condenado pelos crimes descritos nas seis acusações contidas no indiciamento. Foi levado em consideração a gravidade dos delitos perpetrados, a sua posição de influência e poder como primeiro-ministro de Ruanda, o abuso de sua autoridade e sua participação nos crimes. Também foram consideradas atenuantes como sua confissão, o alegado remorso e a sua colaboração com a Promotoria. Mesmo diante de tais circunstâncias atenuantes, Kambanda foi condenado a uma pena de prisão perpétua.³³¹

Com relação ao Tribunal Internacional Penal para Ex-Iugoslávia, tem-se que uma das principais lideranças dos massacres ocorridos na antiga Iugoslávia foi o militar Zdravko Tolimir. Ele era o responsável pela segurança das forças sérvias na Bósnia durante o genocídio, tendo sido um dos sete comandantes adjuntos que reportavam suas ações e prestavam contas ao Chefe do Estado Maior, Ratko Mladic. Tolimir teria sido o responsável por facilitar o momento de fuga de Mladic.³³²

Tolimir foi acusado de genocídio, assassinato, expulsão, tratamento cruel aos muçulmanos da Bósnia Herzegovina, especialmente no caso Srebrenica. Nos termos da acusação, Tolimir, em razão de seu alto cargo no exército sérvio, tinha ciência do plano de extermínio da população muçulmana em Srebrenica e Zepa.³³³

Além do crime de genocídio, Tolimir foi declarado culpado por outras seis acusações, incluindo a prática de extermínio, assassinato, perseguição e

³³⁰ PAULA, 2014, p. 133.

³³¹ Ibid., p. 133-134.

³³² TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; CORRÊA, José Rossini Campos do Couto. **A construção do conceito de crime de genocídio no Tribunal Penal ad hoc para a ex-Iugoslávia: o caso Srebrenica.** In: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, 3., 2015, Madrid. Anais... Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 12.

³³³ Ibid., p. 12-13.

transferência forçada. Sua defesa sustentava a tese de que o caso de Srebrenica havia sido uma operação militar para combater terroristas muçulmanos armados, não tendo como finalidade atacar a população civil. Diante de tais acusações, o Tribunal Internacional Penal para Ex-Iugoslávia condenou Zdravko Tolimir à prisão perpétua, tendo sido responsabilizado, principalmente, pelo genocídio cometido em 1995 na cidade de Srebrenica contra aproximadamente 8 mil bósnios muçulmanos.³³⁴

Deste modo, vislumbra-se que a comunidade internacional, ao estabelecer Tribunais Penais Internacionais para julgar determinados casos, atribui um tratamento diferenciado para os acusados e condenados pela prática de delitos como o de genocídio.

Nesse aspecto, elaborou-se um ordenamento jurídico próprio contido nos Estatutos dos referidos Tribunais Penais Internacionais para combater grandes violações de direitos humanos como os genocídios ocorridos em Ruanda e na Ex-Iugoslávia.

Além de punir a prática dos crimes de genocídios, os aludidos Tribunais, bem como a própria Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio dispõem sobre a necessidade de se sancionar, além do próprio crime de genocídio, condutas como o conluio para cometer o genocídio, a incitação pública e direta para cometer genocídio, a tentativa de genocídio e a cumplicidade no genocídio. Essas outras condutas passíveis de punição demonstram a peculiaridade do crime de genocídio, que lhe asseguram que determinados comportamentos, os quais, em regra geral, quando praticadas sob o contexto de outros tipos penais, não são passíveis de punição, ao serem cometidos com o dolo específico do crime de genocídio assumem uma especial relevância que os tornam passíveis de serem punidos.³³⁵

Segundo o autor Antonio Cassese, as condutas de conluio para cometer genocídio, incitação pública e direta para cometer genocídio e a própria tentativa de genocídio constituem atos preparatórios para a prática do crime de genocídio, que são igualmente reprováveis penalmente, mesmo que não originem, efetivamente, o tipo penal que antecedem.³³⁶

³³⁴ TAQUARY; CORRÊA, 2015, p. 13.

³³⁵ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 164.

³³⁶ PEREIRA JÚNIOR, loc. cit.

Em relação à conspiração ou conluio para praticar genocídio, tem-se que tal conduta se refere ao acordo entre duas ou mais pessoas com o objetivo de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, racial, religioso ou étnico. Esse crime independe da consumação do genocídio, exigindo apenas um ajuste consciente prévio entre duas ou mais pessoas com o especial fim de praticar o genocídio.³³⁷

Quanto ao crime de instigação pública e direta para o genocídio, há por parte da comunidade internacional a necessidade de se punir quem incita, instiga, encoraja ou utiliza qualquer meio de pressão para que outra pessoa cometa o genocídio, devendo tal incitamento ser público e direto.³³⁸ Nesse crime, também há o especial fim de agir do genocídio. Assim, para caracterizá-lo, o agente deve ter o intuito de levar outros a cometerem o crime de genocídio, não se exigindo prova efetiva de que o genocídio foi praticado para que se consuma o delito de instigação pública e direta ao genocídio.³³⁹

No que diz respeito ao delito de tentativa de genocídio, cumpre salientar que o genocídio é o único delito previstos nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e Ex-Iugoslávia que admite o indiciamento por tentativa.³⁴⁰ Nesse crime, exige-se que o agente tenha a intenção de praticar o genocídio e que seus atos de execução o tenham levado próximo de sua consumação.³⁴¹

Por fim, a cumplicidade para cometer genocídio possui um papel mais residual, que engloba qualquer ajuda e encorajamento para a prática do crime de genocídio e demais condutas acessórias que existirem.³⁴²

Ante ao exposto, denota-se, na realidade, que, ao punir esses delitos, que podem ser compreendidos como atos preparatórios para o crime de genocídio, a comunidade internacional trata seus autores como verdadeiros inimigos da sociedade.

Isso porque, o que ocorre é uma antecipação da intervenção penal para a esfera de atos preparatórios de um crime de alta gravidade social como o genocídio, uma característica própria de uma ordem jurídica de combate ao inimigo.

³³⁷ PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 170-172.

³³⁸ PAULA, 2014, p. 86.

³³⁹ PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 182-184.

³⁴⁰ Ibid., p. 192.

³⁴¹ PAULA, op. cit., p. 86.

³⁴² PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 199.

Registre-se que, por meio do Direito Penal do Inimigo, empregam-se diversos mecanismos e técnicas legislativas e de política criminal para que haja a criminalização de um fato. Essas medidas são caracterizadas, fundamentalmente, pelo adiantamento do momento em que o Direito Penal deve intervir na relação social. Assim, antecipa-se a uma situação anterior a sua ingerência quando o risco é mais precoce e alto para o fim de combater de maneira mais eficaz e segura situações que já, definitivamente, colocam em risco as normas básicas para a convivência e à estruturação da sociedade.³⁴³

O que se observa, dessa forma, é que a própria comunidade internacional admite a utilização de uma forma de Direito Penal do Inimigo para punir violações severas aos direitos humanos como o crime de genocídio.

Segundo Jakobs, sabe-se que em muitos lugares do mundo há violações exacerbadas de direitos humanos essenciais. No entanto, essas violações acontecem em razão do fato de que os direitos humanos nesses locais até o momento não haviam sido estabelecidos para serem respeitados, eis que, caso contrário, também nesses lugares essas vulnerações seriam compreendidas como perturbações da ordem estabelecida e seriam punidas, sem a necessidade de uma jurisdição internacional. Quanto à vigência global dos direitos humanos, que é sustentada por alguns Estados, ocidentais em geral, não há como se afirmar a existência de um estado real de vigência do Direito, mas apenas de um postulado de realização. Diante disso, não há que se falar em manutenção de um “estado comunitário-legal”, mas sim, previamente, de seu estabelecimento. Dessa forma, tem-se que a situação anterior à criação deste estado social é o estado de natureza, em que não há personalidade garantida. Portanto, diante de agentes violadores de direitos humanos, os quais, também, não oferecem uma segurança cognitiva de ser pessoas, há a possibilidade de ser utilizado tudo o que for necessário para assegurar as estruturas do estado comunitário-legal.³⁴⁴

Deste modo, conclui o próprio Jakobs:

Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial comunitário-legal, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso

³⁴³ POLAINO-ORTS, 2014, p. 87.

³⁴⁴ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 44-45.

não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito Penal do Inimigo.³⁴⁵

Os genocidas, como os analisados anteriormente, se enquadram perfeitamente no conceito de inimigos da sociedade, uma vez que, definitivamente, decidiram abandonar, de maneira duradoura, a sociedade e o ordenamento jurídico com o qual se encontravam vinculados ao praticarem de maneira sistemática e reiterada diversos assassinatos que resultaram no extermínio de milhares de pessoas pertencentes a determinados grupos étnicos, nacionais, raciais ou religiosos.

Para corroborar tal concepção, Jakobs enfatiza categoricamente que:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.³⁴⁶

Assim sendo, a prática reiterada de condutas, que visem à exterminação de um determinado grupo constitui, segundo Polaino-Orts, um indício de inimizade jurídica reconhecida em muitos ordenamentos jurídicos atualmente. Nos casos analisados, diante da habitualidade e a gravidade das condutas criminosas perpetradas pelos genocidas, verifica-se que há um poder de desestabilização normativa e social incomparavelmente maior do que em relação a um delinquente ocasional, eis que atinge de maneira frontal a segurança social, a tranquilidade pública e a paz dos cidadãos, interesses esses que merecem proteção digna dos Estados.³⁴⁷

Por intermédio de suas condutas, os genocidas são delinquentes que, diante da enorme quantidade de mortes que causam, abalando, conseqüentemente, as bases da sociedade, representam um constante perigo para esta, de modo que negam a norma de maneira expressa ao manifestar o seu comportamento delituoso,

³⁴⁵ JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 46.

³⁴⁶ Ibid., p. 47.

³⁴⁷ POLAINO-ORTS, 2014, p. 26.

gerando insegurança e instabilidade. Por estas razões, a própria comunidade internacional sancionou nos casos anteriormente analisados os dois condenados por genocídio à prisão perpétua, que se apresenta como uma forma eficaz de afastar de maneira permanente o indivíduo perigoso da sociedade, equivalente à custódia de segurança mencionada por Jakobs.³⁴⁸

Ressalta-se, ainda, que, apesar de um dos genocidas condenados ter colaborado com a Justiça e confessado a prática dos delitos, o que, em princípio, caracterizam circunstâncias atenuantes de pena, restou mantida a pena de prisão perpétua justamente por se tratar, nesse caso, não de um cidadão, que faz jus às garantias penais e processuais do ordenamento jurídico, mas de um inimigo que, por não demonstrar satisfatoriamente uma segurança cognitiva de comportamento pessoal e negar expressamente o ordenamento jurídico por intermédio da prática reiterada de condutas desviantes, não deve ser abarcado pelos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Com essas observações, constata-se que a própria comunidade internacional estabelece um tratamento mais rigoroso e diferenciado contra determinados tipos de delinquentes como os autores de crimes de genocídio, tendo em vista que estes enfrentam de maneira enfática e substancial o ordenamento jurídico, frustrando de maneira direta as expectativas sociais e impedindo, com seus comportamentos, que as demais pessoas possam exercer livremente seus direitos e deveres em um contexto de normalidade e harmonia.³⁴⁹ Tais tipos de violações de direitos fundamentais são extremamente reprováveis e intoleráveis perante a sociedade global, a qual, para combatê-las, legitima um tratamento mais repressivo, próprio de um Direito Penal do Inimigo.

³⁴⁸ POLAINO-ORTS, 2014, p. 23-24.

³⁴⁹ Ibid., p. 192.

6 CONCLUSÃO

Ao longo da história, principalmente com o advento da modernidade e dos ideais iluministas, surgiram várias teorias jurídico-penais para se compreender a epistemologia e os fundamentos da dogmática penal e do conceito de crime. Os autores das mais diversas teorias penais se empenharam em analisar as origens e causas da prática delituosa, ora com enfoque mais em relação ao crime como entidade jurídica abstrata, ora com o enfoque mais próximo do delinquente, sob um aspecto mais empírico e descritivo. Alguns, ainda, tentavam justificar a prática criminosa sob aspectos de relações naturalísticas de causa e efeito, enquanto outros tentavam atribuir um caráter mais valorativo e ontológico aos institutos do Direito Penal.

Nos últimos anos, no entanto, predominaram as tendências do chamado funcionalismo penal, que sustentava, de maneira geral, que os institutos do Direito Penal deveriam ser compreendidos, conceituados e delimitados a partir da missão e das funções atribuídas ao Direito Penal e de suas finalidades político-criminais.

Diante deste contexto, destaca-se o chamado funcionalismo sistêmico, teorizado por Günther Jakobs, que estabelece a ideia de que o Direito Penal é responsável por manter a funcionalidade e a integração do sistema social. Por meio das ideias da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, Jakobs concebe o Direito Penal como um subsistema com caráter autopoietico, isto é, que busca continuamente a produção e reprodução ordenada de sua estrutura e de seus elementos funcionais, de modo a permitir a sua coesão interna e preservar a sua estabilidade.

Nesse sentido, Jakobs promove o esvaziamento do conceito substancial de bem jurídico ao sustentar que este se refere apenas a validade fática e a vigência da norma como modelo de orientação nas relações sociais, haja vista a insuficiência do conceito de bem jurídico em razão do fato de que não é toda e qualquer alteração prejudicial de um fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal.

O funcionalismo sistêmico parte da perspectiva de que o Direito Penal deve ser compreendido em função da teoria da prevenção geral positiva da pena. Dessa forma, a pena serve para restabelecer a vigência da norma transgredida, outorgar

novamente estabilidade à sociedade e restaurar a confiança dos cidadãos na autoridade do Direito.

Partindo dessa premissa, Jakobs defende a existência de dois tipos de Direito Penal atualmente no âmbito do Estado Democrático de Direito para enfrentar as demandas envolvendo as novas formas de criminalidade da era contemporânea. Nesse aspecto, há o denominado “Direito Penal do Cidadão”, que é aplicado justamente para os indivíduos dotados de personalidade. A pessoa, assim, só existe em função de sua relação com a construção da sociedade.

Somente será considerado como pessoa em Direito o sujeito que normalmente se conduz e se orienta conforme a norma, respeitando-a, de maneira geral, ou seja, é aquele que oferece uma segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, ainda que eventualmente possa cometer um deslize na vida. Assim, caso uma pessoa cometa um crime, de maneira pontual, aplica-se o Direito Penal do Cidadão justamente para reafirmar a vigência da norma violada pela perturbação social do delito. Essa categoria de Direito Penal observa todos os princípios e direitos fundamentais que são próprios de um sistema penal garantista.

Ocorre que há indivíduos que se afastam de maneira duradoura do Direito, rejeitando expressamente as normas jurídicas estabelecidas com a prática de um ou mais comportamentos delituosos de elevada periculosidade que ameaçam destruir as estruturas da sociedade. Tais indivíduos não podem ser tratados como pessoas, tendo em vista que não oferecem uma segurança ou garantia mínima suficiente de que irão agir conforme o ordenamento jurídico. Esses indivíduos devem ser tratados como inimigos, visto que ameaçam o desenvolvimento dos demais cidadãos.

Deste modo, diante da ameaça e da insegurança cognitiva gerada pelo comportamento criminoso destes indivíduos, há a necessidade de que o Estado se utilize de um outro tipo de Direito Penal, que tenha como foco a neutralização ou eliminação de um perigo mediante meios drásticos de coação.

Os inimigos são indivíduos que abandonaram o Direito e delinquem de maneira persistente, não oferecendo quaisquer garantias cognitivas de que permanecerão fiéis ao ordenamento jurídico, como por exemplo os terroristas, os criminosos organizados, os delinquentes econômicos, os autores de crimes sexuais. Assim, diante da ameaça constante que proporcionam à estabilidade social e da renúncia ao estado de cidadania pelos reiterados desvios de conduta, os inimigos não são beneficiados dos mesmos direitos e das mesmas garantias do cidadão,

fazendo jus a um Direito Penal diferenciado denominado por Jakobs de “Direito Penal do Inimigo.”

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza, basicamente, pela antecipação da barreira de punibilidade com a criminalização generalizada de atos preparatórios, elaboração de tipos penais de mera conduta e perigo abstrato, desproporcionalidade das penas e restrição ou supressão de garantias penais e processuais penais, tratando-se de um verdadeiro procedimento de enfrentamento e guerra contra a criminalidade.

Nesse sentido, vislumbra-se que os autores de crimes de genocídio se enquadram perfeitamente no conceito normativo de inimigo da sociedade, haja vista que suas condutas visam à destruição no todo ou em parte de um grupo racial, étnico, religioso ou nacional, o que, evidentemente, coloca em risco a segurança dos demais cidadãos e a própria integridade do ordenamento jurídico. Os genocidas por meio de seus comportamentos reiterados e sistemáticos que objetivam o extermínio de um grupo de pessoas se afastam totalmente do Direito de maneira permanente e provocam instabilidade social.

Ao analisar os julgamentos de crimes de genocídio, como, por exemplo, os que ocorreram em Ruanda e na antiga Iugoslávia, que culminaram com a morte de milhares de pessoas, verifica-se que a comunidade internacional admite o emprego de um tratamento diferenciado para os infratores de delitos que envolvem graves violações de direitos humanos.

A criação de Cortes Internacionais específicas para julgar os casos de genocídio, a punição de atos preparatórios, além do próprio crime de genocídio, como conluio para cometer genocídio, cumplicidade para a prática de genocídio, tentativa de genocídio, incitação pública e direta para o genocídio e o estabelecimento de penas perpétuas demonstram que os genocidas não são abrangidos pelo Direito Penal comum, e sim por um Direito Penal diferenciado, que visa à eliminação de um perigo

Assim sendo, tem-se que a comunidade internacional trata como inimigo os delinquentes que provocam severas violações aos direitos humanos como os autores de genocídios, que não fazendo jus aos benefícios decorrentes do estado de cidadania e do Direito Penal clássico, de perspectiva retrospectiva, com os princípios e direitos fundamentais próprios que lhe são inerentes, tendo que em vista que se comportam de maneira desviada, ameaçando constantemente a sociedade e não

oferecendo a segurança cognitiva necessária de um comportamento conforme o Direito. Com isso, conclui-se que o enfrentamento desses tipos de delinquentes ocorre por intermédio de medidas próprias de um Direito Penal do Inimigo, que se revela como extremamente necessário para que estes tipos de indivíduos sejam neutralizados para o fim de evitar o colapso e o naufrágio da civilização global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai. Direito Penal do Inimigo. **Panóptica**, Vitória, v. 2, n. 7, p. 01-45, 2007.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev., ampl e atual. Salvador, Bahia: JusPODIVM, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007. t. I.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas-SP: Bookseller Editora, 1996.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**: normas penais primárias e secundárias [...]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016a.
- _____. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 9. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016b.
- _____. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 1º a 10. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. I. t. I.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Garcélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Proteção de bens jurídicos?**: sobre a legitimação do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. 5. ed. corregida y ampliada. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

MARTINS, Salgado. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. Curitiba: Appris, 2014.

PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico-Penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Fernanda Moura. **O Legado do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia para a Constituição do Estatuto de Roma**. 66 f. Monografia

(Graduação) – Curso de Relações Internacionais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Eduardo Araújo. **Crime de Genocídio segundo os Tribunais *ad hoc* da ONU para ex-Iugoslávia e Ruanda**: origens, evolução e correlação com crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Curitiba: Juruá, 2010.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: LiberArns, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: parte geral, arts 1o a 120. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas dos Brasil**. 395 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre, RS: L&PM, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo**: aspectos jusfilosóficos e normativos. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; CORRÊA, José Rossini Campos do Couto. **A construção do conceito de crime de genocídio no Tribunal Penal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia**: o caso Srebrenica. In: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, 3., 2015, Madrid. Anais... Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**: o progresso ao retrocesso. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI**: Libro homenaje al professor Dr. Günther Jakobs. Peru: ARA Editores E.I.R.L., 2005.

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