

TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Criminal Law of the Enemy and the Rule-of-Law State

Raimundo José Pinheiro dos Santos Junior¹

UNAMA

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar²

UNESA-RJ

João Marcos Castelo de Souza Bacelar³

UNAMA

<https://doi.org/10.62140/RJJB4182024>

Sumário: 1. Introdução. 2. A sociedade como um sistema na visão de Luhmann. 2.1 A sociedade como sistema social mais abrangente. 3. O funcionalismo sistêmico e a teoria do direito penal do inimigo. 3.1 O direito penal do inimigo no direito penal contemporâneo. 4 Análise crítica sobre a aplicação do funcionalismo sistêmico de Jakobs e do direito penal do inimigo em um estado democrático de direito. 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo objetiva refletir, na ótica do direito penal contemporâneo, sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, um dos mais famosos representantes da sociologia alemã que contribuiu de forma elevada para as ciências sociais, passando pelo conceito de sociedade como um sistema autopoietico que engloba todos os sistemas sociais e observando de forma crítica a influência da teoria proposta na construção do funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs e de sua teoria do Direito Penal do inimigo, analisando a validade da aplicação destas ideias em um estado democrático de direito.

Palavras-chave: Direito Penal Contemporâneo; Teoria dos Sistemas; Autopoiese; Funcionalismo Sistêmico; Direito Penal do Inimigo.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pelo PPGDF (UNAMA), Especialista em Direito Administrativo, Presidente da Centrais de Abastecimento do Estado do Pará – CEASA. E-mail: advogadorsantos@yahoo.com.br

²Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ. Professor Titular da Universidade da Amazônia -UNAMA, na graduação e na Pós-graduação Stricto Sensu. Diretor de Ensino e Pesquisa na Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará. E-mail: jafbacelar@yahoo.com.br

³ Acadêmico de Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA. E-mail: jmarcosbacelar@gmail.com

Abstract: This article aims to reflect, based upon contemporary criminal law, on famous German sociologist and social studies collaborator Niklas Luhmann and his Systems Theory, focusing on the idea of society as an autopoietic system which comprehends every other system, also criticizing its influence on the making of Gunther Jakobs' Systemic Functionalism theory and the subsequent Enemy Criminal Law theory, analyzing the validity of this ideas enforcement on Democratic Rule-of-Law State.

Keywords: Contemporary Criminal Law; Systems Theory; Autopoiesis; Systemic Functionalism; Criminal Law; Enemy Criminal Law

1. INTRODUÇÃO

Não é possível falar hodiernamente sobre as teorias sociais do século XX sem citar a participação de Niklas Luhmann, sociólogo alemão que por trinta anos se dedicou à construção de uma teoria da sociedade, deixando mais de quatorze mil páginas em sua obra.

As ideias de Luhmann são extremamente complexas, pois buscam construir uma teoria capaz de englobar tudo o que existe, ou seja, uma teoria aplicável à sociedade como um todo.

A teoria de Luhmann é composta por onze livros, tendo como marco inicial a obra "Sistemas Sociais", publicada em 1984, e como marco final o livro "Sociedade da Sociedade". Contemporaneamente, o autor se tornou uma grande referência entre autores e estudiosos, destacado, dentre outros motivos, pela sua interdisciplinaridade, com destaque para a biologia, de onde trouxe para as ciências sociais um conceito que seria primordial em sua obra, o da autopoiese. Sobre a prática de emprestar conceitos de outras disciplinas, RODRIGUES e NEVES afirmam, sobre a metodologia de Luhmann:

Transpor barreiras disciplinares e desenvolver um conhecimento científico verdadeiramente transdisciplinar.. Tal ousadia tem se apresentado como um dos maiores empecilhos para a sua apreensão e um dos pontos preferidos de muitos de seus críticos.⁴

Na visão Luhmaniana, a sociedade seria um sistema autopoietico, observada pela distinção sistema/meio, tendo como operações básicas as comunicações, sendo, portanto, um sistema social que englobaria todas as comunicações em um processo operacionalmente fechado, estando a sociedade reconhecida como o sistema social mais abrangente.

Gunther Jakobs, partindo da ótica de Luhmann, desenvolveu sua teoria do

⁴ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: a sociedade como sistema. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 14.

funcionalismo sistêmico, que funcionaliza o direito penal, colocando a estabilidade das normas como o objetivo central da aplicação da pena no sistema jurídico, não tendo a pena, nessa visão, a missão de impedir delitos, mas de garantir e perpetuar a vigência da norma.

O funcionalismo sistêmico de Jakobs deu causa à construção da teoria do Direito Penal do Inimigo, que visa o tratamento diferenciado para certas pessoas consideradas como inimigas da sociedade, desenhando um sistema jurídico onde esses "inimigos" deveriam ter um tratamento jurídico especial, desproporcionalmente severizado, de forma a garantir a vigência das normas.

Portanto, este trabalho, partindo da ótica de Luhmann, pretende introduzir de forma objetiva as ideias do autor, demonstrando sua influência na construção do funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs e na criação da teoria do Direito Penal do Inimigo, expondo de forma objetiva esses conceitos e fazendo, ao final, uma crítica sobre a aplicação dessas teorias no estado democrático de direito.

2. A SOCIEDADE COMO UM SISTEMA NA VISÃO DE LUHMANN

Inicialmente, deve-se esclarecer que sistemas são um conjunto de operações que formam um todo organizado, e que Luhmann enxerga a sociedade como um sistema, observada na distinção sistema/meio. Importa compreender como o estudioso chegou a esta conclusão.

Cabe frisar que, anteriormente a Luhmann, a noção popularizada sociologicamente sobre os sistemas sociais era a de Parsons, que via esses sistemas como abertos, caracterizados pela troca de elementos (energia, informação e etc.) entre diferentes sistemas.

Luhmann desenvolveu uma teoria radicalmente diferente daquela de seu antigo professor, tentando refutar a ideia da impossibilidade da existência de um sistema que poderia se autorregular e fazendo uma crítica à visão popularmente desenvolvida no campo sociológico naquele momento. Para ilustrar a visão de Luhmann na concepção de uma nova teoria dos sistemas sociais, o estudioso apresenta o seguinte cenário:

Há somente ratos no labirinto, os quais se observam uns aos outros e, por isso, jamais podem chegar a um consenso, quando muito, a estruturas sistêmicas. Não existe nenhuma operação de observação fora do labirinto ou do contexto. É evidente que uma teoria que descreve esse estado de coisas tem de ser uma teoria para ratos. No labirinto, ela pode escolher um bom lugar para uma observação. Eventualmente ela pode enxergar mais do que outros,

especialmente o que outros não veem; mesmo assim, ela não pode deixar de ser observada.⁵

Portanto, Luhmann desenvolve sua teoria emprestando conceitos de diferentes áreas do conhecimento para entender a sociedade como um sistema social autopoiético operacionalmente fechado, cujas operações básicas são as comunicações.

Antes de comentar acerca das ideias Luhmanianas, faz-se necessário explicar o que seriam sistemas autopoiéticos operacionalmente fechados, ou melhor, o que seria a autopoiese.

O conceito de autopoiese, desenvolvido pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, propõe que os organismos vivos são sistemas fechados, ou seja, autorreferenciados e autopoiéticos, pois produzem seus próprios elementos e somente interagem entre si, não sendo comunicáveis com o meio, produzindo operações somente dentro do próprio sistema que irá interagir com seus próprios elementos, sendo, portanto, operacionalmente fechados. Neste contexto, Maturana conceitua a autopoiese nos seguintes termos:

Um ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar e não operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produção de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser

⁵LUHMANN, Niklas. *Sozialesysteme: runderisseeinerallgemeinentheorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987. p. 6.

componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede, o que neste livro denominamos autopoiese⁶

Emprestando estes conceitos restringidos aos sistemas vivos, Luhmann traz a ideia de autopoiese para os sistemas sociais e psíquicos, entendendo que estes também operam em base operativa própria, sendo operacionalmente fechados e diferenciando-se do meio, criando os seus próprios limites. Corroborando com este entendimento, Guerra Filho afirma:

O conceito de ‘autopoiese’ foi introduzido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (De máquinas y seres vivos, 1973) para caracterizar os seres vivos, como sistemas que produzem a si próprios (to autónpoín). A extensão do conceito à teoria sociológica deve-se a Niklas Luhmann.⁷

Levando em consideração estas ideias, Luhmann enxerga que as operações básicas dos sistemas sociais são as comunicações, e as operações básicas dos sistemas psíquicos são os pensamentos. Para o autor, a sociedade formaria, portanto, um grande sistema autopoietico que produz suas próprias operações (comunicações) a partir de bases internas próprias, determinando suas fronteiras em um fechamento operacional onde qualquer tentativa de explicar a sociedade deve acontecer dentro da própria sociedade. Neste cenário, as sociedades sofrem mudanças apenas de dentro para fora, a partir de seus próprios elementos constituintes, sendo os indivíduos parte do sistema psíquico, que seria o entorno dos sistemas sociais.

2.1 A SOCIEDADE COMO O SISTEMA SOCIAL MAIS ABRANGENTE

Após breve introdução à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, não há dúvidas que o autor enxerga os sistemas sociais como fenômenos autopoieticos e operacionalmente fechados que se diferenciam do meio e cujas suas operações básicas são as comunicações, determinando, assim, que a sociedade é justamente o sistema mais amplo das comunicações,

⁶ MATURANA, Humberto (1992). Vinte Anos Depois (Prefácio de Humberto Maturana Romesin à segunda edição). In MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco (1992). De máquinas e seres vivos. Autopoiese: a organização do vivo. Artes Médicas: Porto Alegre, 1997. p. 15.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. Revista de Informação Legislativa. n. 32, 1995.

ou seja, o mais abrangente, englobando todos os outros.

Ao analisar os estudos do autor, entende-se que o ambiente da sociedade engloba vários subsistemas, como o sistema político, o sistema jurídico, o sistema econômico, o sistema científico, o sistema artístico, dentre outros, dotados de seus próprios códigos e operações, todos parte deste sistema denominado sociedade.

Por fim, como entendimento de que o elemento primordial dos sistemas sociais é a comunicação, é perceptível que a inclusão dos comportamentos comunicativos no sistema sociedade é consequência da diferenciação funcional, que conduz à lógica de sistemas comunicativos, autopoieticos e autorreferenciais, levando à noção de um sistema que engloba todos os outros e promove a comunicação entre eles, tornando a sociedade um sistema global, com o objetivo de reduzir a complexidade do mundo.

Ao analisar o Direito, é possível perceber que, dentre outras concepções, o mesmo pode ser observado como um fenômeno social, por ser composto por normas que regulam as relações sociais e se aplicam aos indivíduos, sofrendo perturbações do meio para encontrar respostas que regulamentem o cotidiano humano, visando paz e bem-estar para a comunidade, ou seja, o direito se integra à sociedade em uma relação de interdependência ou, nas palavras de Luhmann, “acoplamento estrutural”. Sobre a relação do direito com a sociedade, é importante destacar o seguinte pensamento:

Direito e sociedade estão em relação de interdependência (acoplamento estrutural) recíproca: o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade e, ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais alta e estruturada. Em suma: o Direito é “uma construção de alta complexidade estruturada”, satisfazendo a necessidade de ordenamento na sociedade. Sem o Direito, não há orientação de condutas no meio social.⁸

Ao observar estas características do direito, conclui-se que este tem a responsabilidade de enfrentar a complexidade do mundo para encontrar respostas para a sociedade. Na visão de Luhmann, o sistema jurídico tem a responsabilidade de controlar a

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociedade y sistema: la ambición de la teoría*, pp. 47, 60 e ss; *IDEM. Teoría política en el Estado de Bienestar*, pp. 69 e ss.

complexidade e a contingência, sendo, per se, um sistema social. No que diz respeito ao Direito e ao enfrentamento da complexidade, Carvalho afirma:

[...] Em se tratando de relações sociais, não temos uma contingência simples (estado das coisas já ordenado – por exemplo, anoitece segue o dia), mas uma dupla contingência (expectativas sobre expectativas), isto é, a seletividade das possibilidades não depende somente de mim, mas também dos outros, do mundo que coloca estas possibilidades à minha disposição. Assim, o risco de frustrações aumenta e a estrutura do Direito (formada por expectativas) deve, com sua funcionalidade específica de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade (ambiente do sistema do direito), caracterizar-se como uma generalização congruente de expectativas normativas. Isto repercute na possibilidade de uma dupla seletividade, necessária em um mundo sensorialmente constituído altamente complexo e contingente, conforme ocorre na estrutura do sistema jurídico, aliviando a excessividade de possibilidades.⁹

Após estudo proposto nesta pesquisa e análise da teoria de Luhmann, percebe-se que o direito é, também, um sistema social integrado à sociedade, sistema mais abrangente que engloba a todos os outros. Neste cenário, é possível enxergar o direito como um subsistema da sociedade. Para Luhmann, cada subsistema possui seu próprio código binário, e, no jurídico, seria o código lícito/ilícito. Por fim, a reprodução do sistema direito se dá a partir das normas jurídicas (constituição, leis, decretos, súmulas vinculantes e outros), e qualquer resposta do direito para as perturbações do seu meio é dada dentro do próprio direito, utilizando suas próprias operações, característica que conduz ao entendimento, conforme o pensamento Luhmanniano, de que o direito seria um sistema social autopoietico cognitivamente aberto, mas operacionalmente fechado.

3. O FUNCIONALISMO SISTÊMICO E A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

⁹ CARVALHO. Delton Winter de. O direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito. 2011. Disponível no endereço eletrônico <http://simaocc.home.sapo.pt>. Acesso em 10 de dezembro de 2019

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo na sua visão do direito como um sistema autopoietico cognitivamente aberto, mas operacionalmente fechado, teve grande influência e serviu como marco inicial para a construção do funcionalismo sistêmico ou normativista de Gunther Jakobs, que em sua teoria, seguindo a visão luhmaniana, enxerga o direito penal como um sistema que tem por finalidade a proteção e validação de suas próprias normas, ou seja, a manutenção e estabilidade do sistema, desenhando uma realidade onde a aplicação da lei penal tem o principal objetivo de confirmar a sua própria vigência na sociedade. Corroborando esta percepção de ideias, SIQUEIRA afirma:

“Assim, Jakobs acaba por defender que a pena tem como finalidade exclusiva a confirmação da realidade das normas, ou dito de outro modo, a pena teria a função de restabelecer as expectativas normativas, com o objetivo que elas não fiquem anuladas por sua violação. Nesse sentido, a pena se dirige a todos os membros da sociedade, para reafirmar a vigência da norma, pois é essa vulneração a norma que se solidifica a finalidade da pena[...]”¹⁰

No que tange à punibilidade, Jakobs é adepto da teoria da prevenção positiva, que vê a pena como reforço da autoridade do estado, um meio para restabelecer a confiança da sociedade nas normas. Portanto, a teoria funcionalista sistêmica não se preocupa com a proteção de bens jurídicos relevantes, mas sim com a confiança institucional no sistema, enxergando a delinquência não em seus aspectos subjetivos e individualizados de cada ser humano, mas como uma simples infidelidade ao direito.

Um dos pontos interessantes da ideologia de Jakobs, seguindo as ideias da teoria dos sistemas, é que o universo jurídico atua de acordo com o código binário lícito/ilícito, ou seja, pouco importa se houve de fato lesão a um bem jurídico relevante, se a conduta praticada for ilícita, a norma penal já deve ser estritamente aplicada de forma a preservar a estabilidade do sistema e confirmar a validade das normas perante a sociedade, já que o objetivo da pena não é punir ou individualizar o infrator, mas sim exercitar o reconhecimento normativo e a fidelidade ao direito.

Por fim, percebe-se que o funcionalismo sistêmico de Jakobs conduz para um direito penal máximo, ou seja, expande a tipificação de condutas e legitima a proteção da norma

¹⁰ SIQUEIRA, Leonardo. Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 126.

na sociedade de risco, não prevendo limitações para a proteção normativa, desconsiderando quaisquer questões subjetivas, o que não se coaduna com um estado democrático de direito garantista, estudado mais à frente.

Dando sequência ao seu funcionalismo sistêmico, seguindo os parâmetros estabelecidos pela teoria dos sistemas de Luhmann, Jakobs desenvolve a teoria do Direito Penal do Inimigo, que foi apresentada pelo autor em 1999 durante uma conferência realizada na Alemanha com o tema “os desafios da ciência do direito penal frente ao futuro”. Essa teoria, no intuito de trazer estabilidade ao sistema jurídico e confiabilidade nas normas, marcas do funcionalismo sistêmico, divide o direito penal em dois: um voltado aos cidadãos, na promoção da segurança, e outro voltado para a figura dos inimigos do direito, dos sujeitos de baixa confiabilidade e de histórico reiterado de agressão as normas estabelecidas, o chamado direito penal do inimigo. Jakobs expressa de forma clara essa divisão quando afirma:

O estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tem cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.¹¹

Para a teoria do direito penal do inimigo, as garantias fundamentais, sejam de ordem material ou processual, devem ser restringidas quando o sujeito sendo processado é um “inimigo do direito”, ou seja, reduz o devido processo legal em favor do estado, relativizando a ampla defesa, o contraditório e demais direitos como uma forma de tratamento diferenciado e rígido contra os delinquentes caracterizados como inimigos.

Entende-se que a ideologia aplicada pela ideia de Jakobs defende que a figura do inimigo não deve ser tratada como um ser humano, já que todas as pessoas têm resguardadas as suas garantias fundamentais, e a mitigação dessas garantias pressupõe tratamento desumano e objetificado das pessoas, vistas como de um comportamento imodificável e de impossível ressocialização, portanto, tratadas como inimigos do estado.

No que tange aos crimes que denotariam a presença de inimigos, Jakobs enumera,

¹¹ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. ORG. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli .2ªed. PortoAlegre/RS. Editora Livraria Do Advogado. 2007. p.42.

em suas ideias, os crimes sexuais, crimes de terrorismo, crimes hediondos e demais delitos de alto potencial ofensivo. GOMES, ainda tratando sobre a divisão do direito penal em direito do cidadão e direito do inimigo, faz os seguintes esclarecimentos:

[...]de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.¹²

Quanto às consequências efetivamente produzidas por essa teoria no ordenamento jurídico, são previstas três características: punição antecipada, criminalizando condutas de preparação que antecedem o delito, a aplicação de penas consideravelmente mais gravosas para os inimigos do direito, e a concepção de que os inimigos devem ser destituídos de humanidade, devido ao posicionamento de infidelidade ao direito.

3.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Considerando um estado democrático de direito onde os direitos e garantias fundamentais têm status especial no sistema jurídico, a aplicação de um direito penal que diferencia e desumaniza o ser humano ultrapassa o absurdo. Contudo, ainda assim, nota-se que o direito penal moderno, em resposta ao aumento da criminalidade, tomando um caráter cada vez mais punitivo, preocupado mais com a tranquilidade do cidadão do que com a proteção dos bens jurídicos. FRANCO contribui para esta percepção afirmando o seguinte:

A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função

¹² GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004. p. 2.

nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo de insegurança.¹³

Uma característica atual que ilustra este sentimento, é a proliferação de normas penais, inflacionando a criminalização de condutas, transformando ao ultimar atio do Direito Penal em primaratio, servindo as normas penais para tutelarem questões da vida cotidiana que não necessitariam de apreciação pelo direito penal, agredindo de forma perversa as garantias fundamentais e o princípio garantista do sistema jurídico criminal.

No direito penal contemporâneo, a presença dos princípios garantistas e do tratamento especial dado aos direitos e garantias fundamentais em quase todas as leis penais atuais não impede a influência do direito penal do inimigo nos ordenamentos jurídicos criminais, sobretudo nas iniciativas normativas mais recentes nas leis penais mundo afora.

Ao olhar para o ordenamento jurídico brasileiro, embora o país se identifique como um estado democrático de direito com uma constituição que dá primazia aos direitos fundamentais, não é tão difícil enxergar dispositivos que denotam a presença, muitas vezes discreta, das ideias funcionalistas de Jakobs e do seu direito penal do inimigo. Como exemplo disso, temos a figura da prisão preventiva como garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, que prevê o encarceramento preliminar baseado na periculosidade do agente, utilizando para isso a garantia da ordem pública para prender sumariamente alguém que sequer fora condenado

Outro exemplo a se considerar é o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, previsto no artigo 52 da lei de execuções penais (Lei nº. 7.210/84), com nova redação dada pela lei nº. 13.964/2019, que consiste em um claro tratamento mais gravoso e com maiores restrições aos direitos fundamentais daqueles que, já presos, praticarem crime doloso, falta grave ou ocasionar subversão da ordem, claramente marcado direito penal do inimigo na distinção entre presos comuns e presos considerados como 'inimigos do estado.

Por fim, longe de se exaurir os dispositivos penais no ordenamento brasileiro com influência das ideias de Jakobs, é possível citar o artigo 61, inciso I do Código Penal, que coloca a reincidência como um fator que agrava a pena ou qualifica o crime, atribuindo uma

¹³ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, 3ª. Ed, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 10

pena mais gravosa àqueles que têm um histórico de infidelidade ao direito, ou seja, um tratamento mais gravoso ao inimigo.

Portanto, apesar dos direitos e garantias fundamentais receberem status de cláusula pétrea dentre as normas constitucionais, pode-se perceber características do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico contemporâneo, não só no direito internacional, mas também nas normas locais.

4. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A APLICAÇÃO DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE JAKOBS E DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Independente do posicionamento acerca da teoria dos sistemas, não há como negar que Luhmann desenvolveu uma das teorias mais importantes do último século no âmbito das ciências sociais, inspirando debates à respeito de sua visão autopoietica da sociedade, inspirando autores como Jakobs a desenvolver ideias sistêmicas como a do funcionalismo sistêmico e do direito penal do inimigo.

Apesar de ser justificadamente meritosa do ponto de vista teórico a ideia de perceber o direito como um sistema que luta para manter sua estabilidade e confiabilidade perante a sociedade, ao adentrar o plano fático, considerando todos os avanços percorridos para que hoje os direitos fundamentais e direitos humanos tivessem status privilegiado no cenário jurídico mundial, retirar o fator humano do direito para observar este fenômeno de forma mecânica é, no mínimo, irresponsável.

Muitas são as críticas às ideias funcionalistas radicais de Jakobs, mas as maiores repousam em seu caráter desumanizante, ignorando a subjetividade do indivíduo e tratando homens como dados a se considerar para a estabilidade das normas, utilizando a prevenção geral positiva como forma de atribuir poder premonitório ao direito, ignorando completamente a individualização da pena, agredindo de forma perigosa o Direito Penal Mínimo e Garantista, fomentando uma inflação desnecessária de normas penais. RODRIGUES resume as críticas às teorias funcionalistas quando afirma o seguinte

Ou seja, estão equivocados os funcionalistas quando colocam na culpabilidade um pressuposto ligado aos fins preventivos da pena. Não humanizam o Direito Penal. Sequer demonstram estar envolvidos a um Direito Penal Mínimo. Se seus sistemas têm as penas preventivas como pressuposto de análise da culpabilidade na teoria do delito, erram, pois o juízo de reprovação

deve ser feito em face do homem, aquele que praticou a conduta, independentemente de qualquer avaliação de função preventiva da pena, devendo ser meramente futurística.¹⁴

No que tange ao direito penal do inimigo, como produto da teoria do funcionalismo sistêmico, vê-se que as mesmas críticas já levantadas também se aplicam a este conceito. Contudo, ainda é importante tecer considerações importantes sobre o tratamento diferenciado entre cidadãos dentro de um sistema jurídico democrático.

Hodiernamente, com a evolução dos direitos e das garantias fundamentais no cenário mundial e no próprio texto constitucional brasileiro, é possível perceber que as ideias expostas na teoria do direito penal do inimigo contrariam, de forma geral, os avanços no cenário mundial em matéria de direitos humanos, pois sua existência contraria os preceitos de um estado democrático de direito.

Por fim, importa ressaltar os méritos da teoria de Luhmann e das teorias funcionalistas como a de Jakobs e do seu direito penal do inimigo para o campo teórico. No entanto, do ponto de vista fático do Direito Penal Contemporâneo e das necessidades sociais, tais teorias, apesar de terem a sua parcela de influência em dispositivos legais no Brasil e no mundo, não têm lugar em um Estado democrático de direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Niklas Luhmann foi um dos grandes nomes da sociologia moderna e desenvolveu uma teoria que rompeu com conceitos antigos e trouxe uma visão revolucionária para a teoria dos sistemas sociais e para o conceito de sociedade, inspirando debates históricos e fomentando a criação de ideias que consideram a sua visão sistemática e funcionalista da sociedade, como o Funcionalismo Sistêmico de Gunther Jakobs e de sua teoria do Direito Penal do Inimigo.

Jakobs, com sua visão funcionalista, seguindo as ideias de Luhmann, desenvolveu ideias interessantes para o campo do sistema jurídico, enxergando a estabilidade das normas e a garantia de fidelidade ao direito como principal finalidade da aplicação da pena no direito penal, desenvolvendo estudos que culminaram na teoria do direito penal do inimigo, que, apesar de suas falhas apontadas neste trabalho, tem muitos méritos de discussão no âmbito teórico, inclusive influenciando dispositivos legais nas leis penais do Brasil e do mundo.

¹⁴RODRIGUES, Leonardo Monteiro. A Evolução das Teorias da Culpabilidade: Do Causalismo ao Funcionalismo-Teleológico. 1. ed. São Paulo: TirantloBlanch, 2019. p. 118.

Por fim, este artigo teve o objetivo de introduzir as ideias da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, refletindo, sob a ótica do direito penal contemporâneo, sobre a influência dessa teoria na construção do funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs e na teoria do direito penal do inimigo, analisando criticamente a aplicação destas ideias em um estado democrático de direito. Conclui-se que o funcionalismo de Jakobs e a sua teoria do inimigo têm méritos teóricos, mas não devem ser aplicados na prática social, pois agridem direitos e garantias fundamentais e a construção de um direito penal mínimo e garantista, devendo, contudo, ser sempre lembrados e aprofundados em grau de discussão na construção de sistemas jurídicos democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica*. Neopanopticum, 27 nov. 2005. Disponível em: <http://neopanopticum.blogspot.com>. Acesso em: 25.07.2020.

CARVALHO, Delton Winter de. *O direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito*. 2011. Disponível no endereço eletrônico <http://simaocc.home.sapo.pt>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, 3. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo* (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da interpretação especificamente constitucional*. Revista de Informação Legislativa. n. 32, 1995.

JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. ORG.e Trad. André Luís Callegarie Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre/RS. Editora Livraria do Advogado. 2007.

LUHMANN, Niklas. “Sociologia como teoria dos sistemas sociais”. In: Santos, José Manuel (org). *Openamentode Niklas Luhmann*. Universidad de Beira Interior, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociedade y sistema: la ambición de la teoría*, pp. 47, 60 e ss; IDEM. *Teoría política en el Estado de Bienestar*.

MATURANA, Humberto (1992). *Vinte Anos Depois (Prefácio de Humberto Maturana Romesin à segunda edição)*. In MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco (1992). *De máquinas e seres vivos. Autopoiese: a organização do vivo*. Artes Médicas: Porto Alegre, 1997.

MATHIS, Armin. *O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2004.

RODRIGUES, Leonardo Monteiro. *A Evolução das Teorias da Culpabilidade: Do Causalismo ao Funcionalismo-Teleológico*. São Paulo: Tirantlo Blanch, 2019, p. 118.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.