

DA INTERSEÇÃO ENTRE O FUNCIONALISMO SISTÊMICO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: É POSSÍVEL UMA SOCIEDADE SEM PESSOAS?

CRISTINA OLIVEIRA

Mestranda em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, Portugal;
Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pelo
Instituto de Direito Penal Econômico Europeu – IDPEE,
da Universidade de Coimbra;
Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UFPR;
Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST –
Academia Brasileira de Direito Constitucional;
Especialista em Sociologia Política pela UFPR.
Advogada criminalista.
Contato de email: cris_9805@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Notas sobre a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann e sua influência no Direito Penal (do inimigo) teorizado por Günther Jakobs. 2. Da adjectivação do homem como inimigo: possível uma sociedade sem pessoas? 2.1 Breves considerações sobre a constituição do sujeito-pessoa. 2.2 Da concepção do inimigo: argumentos funcionalistas utilizados por Jakobs para justificar o tratamento do homem como não-pessoa. 3. A título de conclusão: crítica humanística ao tratamento do inimigo como não-pessoa. 4. Bibliografia

RESUMO

O artigo pretende estabelecer uma reflexão acerca das premissas constitutivas do Funcionalismo Sistemico defendido por Niklas Luhmann, apontando como sua teorização influenciou a construção do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. Após a apresentação de conceitos basilares, será apontado qual o papel atribuído ao sujeito no seio do funcionalismo, questionando, ao final, a legitimidade da teoria ao tratar o cidadão como “inimigo”.

Palavras-Chave: Funcionalismo Sistemico, Direito Penal do Inimigo, Sociedade, Sujeito-Pessoa

INTRODUÇÃO

“Resta alguma coisa que substitua Deus, o Homem, a História, ou a Razão? Sempre lhe dei a mesma resposta: é o desejo de singularidade, de individuação, o desejo de fazer da nossa vida uma história pessoal. Hoje, nesse mundo socializado, coletivizado, massificado, o meu último recurso é a minha singularidade, a minha vontade de ser singular (...)”.¹

A perplexidade resultante da aplicação de instrumentos jurídicos que atentam contra direitos e garantias fundamentais de indivíduos – aqui, em especial, daqueles “clientes” do sistema de justiça criminal – decorre de uma leitura particular efetuada através da ótica penal que justifica a transformação do sujeito (igual) em inimigo (outro/diferente). Tal tendência acentuou-se no cenário de insegurança exagerado após os atentados terroristas na América, os quais justificaram alterações no pensamento jurídico-criminal ante a urgência de resposta institucional que contivesse o medo generalizado. Para o alcance de tal finalidade, restaria imprescindível o “combate” à criminalidade, que se realizaria em detrimento da eliminação de alguns participantes do espaço comunitário.

Diante dessa constatação, optou-se por analisar a construção do “inimigo” sustentada por Günther Jakobs, expondo o desenvolvimento de suas premissas teóricas inseridas na concepção sistêmico-funcional do direito, sob influência de Niklas Luhmann. Assim, Jakobs legitima o afastamento da condição de “sujeito-pessoa” àqueles que violam expectativas sociais traduzidas pelas normas, aplicando-lhes severas medidas de contenção, ainda que resultem no afastamento de premissas constitutivas do Estado de Direito. Nesse sentido, o trabalho questionará qual o “papel” do homem na contemporaneidade: sua constitutividade no espaço social restaria delimitada ao cumprimento de um programa funcional de comportamentos redutores de incertezas?

Isso porque, ao sujeito característico da modernidade atribui-se autonomia e responsabilidade, propiciando-lhe a construção de identidade no universo de possibilidades oferecidas, pressuposto basilar do exercício de liberdade. Entretanto, para que sua existência afirme-se no espaço comunitário, torna-se necessário seu reconhecimento pelo “outro”, de forma recíproca, a fim de garantir-lhe tratamento ético e digno. Sendo o funcionalismo alheio a tais valores humanísticos, como aceitar que suas premissas teóricas justifiquem o tratamento do “delinqüente” como inimi-

¹ TOURAINE, Alain. KHOSROKHAVAR, Farhad. *A procura de si: diálogo sobre o sujeito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, op. cit. p. 129

go? Nesse sentido, seria possível admitir uma teoria que concebe o direito (penal) como um subsistema sem sujeitos?

1. NOTAS SOBRE A TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL (DO INIMIGO) TEORIZADO POR GÜNTHER JAKOBS

O trabalho pretende avaliar, no âmbito do sistema jurídico-criminal, a tese de Günther Jakobs que descreve² a aplicação diferenciada de preceitos do direito penal para o cidadão e para o inimigo³, correlacionando-os com as funções atribuídas à norma e à pena. Para fundamentação dos pressupostos teóricos que justificam o afastamento da condição de pessoa a determinados indivíduos, o autor aproxima-se de argumentos contratualistas, além de adequar sua teorização de acordo com a vertente funcionalista do direito, influenciada pelo pensamento sistêmico de Niklas Luhmann.

Partindo da necessidade de redução da complexidade⁴ social constitutiva da contemporaneidade – problemática que o normativismo lógico-formal restou impossibilitado de solucionar ante a “*cegueira social*”⁵

² Inicialmente, Jakobs apenas “descreveu” as características do Direito Penal do Inimigo, como alerta para a sua existência e necessidade de contenção; porém, os críticos apontaram a impossibilidade de uma atuação neutra do jurista ao abordar o problema, motivo pelo qual questionam se a abordagem acabou por legitimar a inserção de mecanismos que restringiram o espaço de atuação do Direito Penal do Cidadão, no combate ao cidadão perigoso. Nesse sentido, JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico n. 14. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2007. GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 7, p. 211-247, dezembro de 2005.

³ Os debates acerca dos conceitos teóricos desenvolvidos por Jakobs iniciaram-se na Alemanha em 1985, a partir da publicação da obra “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”.

⁴ Luhmann define complexidade como “*la totalidad de los sucesos posibles*” no mundo, pressupondo que podem também indicar “*los limites y las condiciones de posibilidad. Tales informaciones han de reenviar, sin embargo, al sistema, cuya estructura permite convertir lo posible en determinado o cuando menos determinable*”. Apud GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 1993, op. cit. p. 63

⁵ NEVES, A. Castanheira. O Funcionalismo Jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. In: *Escritos acerca do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Digesta, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, op. cit. p. 207-208

específica de sua racionalidade –, tornou-se essencial delimitar instrumentos eficientes para a manutenção de uma estrutura estável, tradutores de segurança e que orientassem as possibilidades do agir humano. Isso porque, inerente a *condição mundana*⁶ do sujeito livre e auto-constitutivo que partilha do espaço e somente nele pode existir, resultou a percepção de que não está só, mas em constante interação, tomando consciência da presença dos outros (*condição antropológica*⁷). Dessa pluralidade decorre um “*elemento de perturbação: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que outro espera de nós*”.⁸

Para a atenuação dos riscos que advém da impossibilidade de pressuposição dos comportamentos humanos, importa que ao menos determinadas expectativas sejam selecionadas dentre as alternativas, planejadas e afirmadas em modelos de conduta. Tal intenção de ordenação do caos do mundo restou configurada com o desenvolvimento de teorias sistêmicas, que visam a compreender e descrever a sociedade em sua totalidade e funcionamento, reconhecendo, para tanto, às interações entre suas sub-partes – que contém elementos constitutivos próprios, também ordenados, autônomos e coerentes – uma determinada função.

O entendimento citado decorre do pensamento de Luhmann, que utiliza conceitos da teoria dos sistemas para abordar o problema da complexidade e apresentar soluções para reduzi-la, descrevendo como é possível selecionar, eleger e organizar informações. Para tanto, afastando-se das concepções sociológicas clássicas, o teórico concentra-se na idéia de função, conceito que se refere a um elemento componente do sistema “*com uma particular actividade e a que se reconhecem certos efeitos no sistema através dele ou a que se imputam e a que se programam certos fins (objectivos) e de que se esperam certos resultados ou efeitos*.”⁹ Assim, pode-se afirmar que o funcionalismo não almeja encontrar a razão/origem das coisas: apenas pretende buscar, dentre as possibilidades existentes no mundo, quais das alternativas apresentadas são relevantes e podem ser utilizadas da melhor forma no cumprimento de certa função, apta a solucionar o problema da complexidade.

⁶ NEVES, Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *Escritos acerca do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Digesta, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, op. cit. p. 13

⁷ NEVES, op. cit. p. 17

⁸ LUHMANN apud GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n.º 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126-160

⁹ NEVES, *O funcionalismo (...)*, op. cit. p. 217

No mundo das diversas possibilidades, Luhmann aponta que existem três grandes sistemas, quais sejam, os vivos (ou orgânicos), o psíquico (ou pessoal) e o social, cada um com específicas operações redutoras da complexidade. Tais modalidades ainda podem diferenciar-se em seu interior, criando subsistemas – como o jurídico, o econômico, o político –, com âmbito de atuação mais restrito, tendendo a aumentar a capacidade de seleção de informações, realizando funções específicas com maior eficácia.

A sociedade é classificada como um sistema¹⁰ auto-referente¹¹, composto por um conjunto de elementos que se relacionam entre si, de forma a se auto-organizarem e se reproduzirem, através de um “*movimento de auto-descrição que, funcionando como um programa de orientação interno, organiza o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa mesma auto-descrição*”. A característica de auto-referencialidade sugere unidade e identidade (auto-reflexividade), garantindo sua autonomia perante as contingências do meio exterior.

Isso porque, todo sistema existe e delimita-se perante um particular entorno¹², que é complexo e desorganizado, frente ao qual se realizam seleções e processamento de informações que sejam significativas para a realização de determinada função em seu interior, necessária para que se mantenha e diferencie como sistema.

¹⁰ Para Luhmann, sistema é o conjunto de “*elementos interrelacionados entre si, cuya unidad le viene dada por los rasgos de esa interacción y cuyas propiedades son siempre diferentes a los de la suma de propiedades de los elementos del conjunto*” IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escândalo*. Barcelona: Anthropos Editorial del Hombre, 1990, op. cit. p. 145. O conceito tradicional de sistema refere-se à relação entre “todo” e “parte” de elementos, que garantem o sentido final de totalidade. Entretanto, o trabalho detém-se ao pensamento de Luhmann, que o caracteriza mediante sua relação de abertura e fechamento com o ambiente exterior (entorno). Nesse sentido, entre a diferença de sentidos atribuíveis ao conceito, conferir Castanheira Neves, “*O funcionalismo...*”, op. cit. p. 243 e 244

¹¹ Por auto-referência, Teubner entende “*todas as formas de circularidade e recursividade pelas quais uma unidade entra em relação consigo própria*” (p. 38). Como conceito mais geral e abrangente, engloba os demais componentes da “galáxia auto” – auto-observação, auto-descrição, auto-organização, auto-reflexão... Para tanto, consultar os capítulos II e III (p. 27-52). In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

¹² Entorno é o “*conjunto de elementos que tienen influencia sobre los elementos del sistema o son influidos por el, aunque no pertenecen al mismo sistema*”. De acordo com a relação que mantém com o entorno, o sistema pode ser aberto (quando se relaciona com o exterior) ou fechado (quando não depende do exterior para se reproduzir). IZUZQUIZA, op. cit. p. 145

Na década de sessenta, a evolução das ciências biológicas suscitaria ao pensamento sociológico novas indagações acerca dos modelos organizativos e estruturantes dos seres vivos. Assim, as pesquisas de Maturana e Varela constataram que o que define vida em cada sistema individual é a *“autonomia e constância de uma determinada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é auto-referencial no sentido de que sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva”*.¹³

Luhmann transpôs a referida compreensão para a ciência social: também a sociedade caracteriza-se como sistema que tenciona a redução do complexo mediante a assunção de uma identidade estruturalmente constitutiva, da qual é inerente a existência de elementos próprios organizados, que lhe asseguram autonomia e sua *“diferenciação na relação com o seu mundo exterior”*¹⁴. Assim sendo, o que possibilita sua constância ante a desordem do entorno é a capacidade de auto-reprodução de seus elementos e estruturas – *autopoiesis*¹⁵ – característica de um sistema que *“pueda autoobservarse y que pueda establecer estrategias de reducción de la complejidad a partir de sí mismo”*¹⁶.

De tal condição resulta, por um lado, na “clausura” do sistema em si próprio, diferenciando-se do ambiente circundante, visto que sua novação não está diretamente condicionada aos objetivos do exterior. Entretanto, ser fechado não significa estar alheio aos ruídos existentes no entorno: justamente pela sua autonomização produtiva – que consagra sua fronteira ante o ambiente, e lhe garante identidade –, o sistema encontra nesse mesmo exterior estímulo para sua dinâmica de *autopoiesis*, sem, entretanto, ser por ele determinado.¹⁷ Isso porque, o sistema reco-

¹³ TEUBNER, op. cit. p. 02

¹⁴ NEVES, Castanheira, “O funcionalismo...”, op. cit. p. 243

¹⁵ Luhmann informa que os *“sistemas autopoieticos não são apenas sistemas auto-organizados, isto é, sistemas capazes de gerar a sua própria ordem a partir da rede interactiva dos respectivos elementos, mas também e verdadeiramente sistemas auto-reprodutivos, isto é, capazes de produzir esses próprios elementos, de produzir as suas próprias condições originárias de produção, tornando-se desse modo independentes do respectivo meio envolvente”*. LUHMANN apud TEUBNER, op. cit.p. 11

¹⁶ IZUZQUIZA, op. cit. p. 112

¹⁷ Diante tal raciocínio circular diz-se que o sistema está fechado em si, mas aberto ao exterior (abertura cognitiva). É justamente diante de tal paradoxo, que se verifica sua autonomia constitutiva. Assim, Luhmann descreve que *“o ambiente com suas alterações continuamente irrita, estimula, perturba e enfrenta o sistema, desencadeando as suas operações autônomas, posto que sem as determinar”*. LUHMANN apud NEVES, O funcionalismo (...), op. cit. p. 245

nhece como informação apenas o que for capaz de gerar novas estruturas que auxiliem na redução da complexidade, e o faz mediante um código próprio, – que para Luhmann é sempre binário, ao diferenciar entre alternativas e facilitar a organização das informações contidas no entorno –, que possibilita poder “*procesar su entorno como información, y de este modo, ordenar adecuadamente sus selecciones*”¹⁸. Sem código, não há possibilidade do sistema processar seu entorno como informação.

De tal forma, Luhmann utiliza de paradoxos para classificar um sistema auto-referente como aberto e fechado, estático e dinâmico ao mesmo tempo, e ainda ressalta a importância das informações presentes no entorno para sua constituição pela diferença.

Da possibilidade de clausura do sistema infere-se também sua independência (isolamento) ante os outros sistemas do mundo. Entretanto, para que se estabeleça contato entre eles, Luhmann desenvolve o conceito de interpenetração (acoplamento), através do qual “*un sistema pone a disposición de outro sistema su propia complejidad (...) supone siempre establecer nuevas relaciones entre sistema y entorno de un sistema respecto al entorno de los sistemas que se interpenetram*”¹⁹. Tal relação será importante para a comunicação entre o homem e a sociedade.

Dos conceitos acima expostos, observa-se que um sistema é composto por elementos: os que constituem o social não são os seres humanos individuais, mas sim *atos comunicativos*, que tendem a desenvolver um determinado padrão de conduta, como forma de organização dos comportamentos e estabilização de expectativas, visto que o “*padrão das interações passadas passa a operar como pressuposto e limite das interações futuras*”²⁰. Nesse sentido, Luhmann afasta o pensamento antropológico clássico de sujeito, que compunha (era parte) da sociedade (enquanto todo): para a teoria funcional, o homem é um sistema independente, que não integra a sociedade, e por tal razão, situa-se em seu exterior (entorno). Da *autopoiesis* da comunicação infere-se que só a comunicação gera comunicação.

Para Luhmann o homem é um sistema psíquico autonomizado, que possui como elemento constituinte a consciência²¹, que também se

¹⁸ IZUZQUIZA, op. cit. p. 214

¹⁹ IZUZQUIZA, op. cit. p. 151

²⁰ TEUBNER, op. cit. p. 12

²¹ Consciência é um “*proceso de continua autotransformación de eventos o sucesos (...) una sede continua de tránsito de eventos, que le obliga a autotransformarse de modo autorreferente y a mantenerse en una verdadera producción autopoietica*”. IZUZQUIZA, op. cit. p. 237

reproduz mediante *autopoiesis*. Resgatando a idéia de que pode haver contato entre sistemas em situações de interpenetração, observa-se que o homem é fundamental para a comunicação, visto que “*la conciencia, junto con el lenguaje, son, a su vez, un medio para comunicación*”²²: ou seja, como os sistemas sociais necessitam de vida para existir, este se faz mediante atuação da consciência, sistema com capacidade de perceber a comunicação. Assim sendo, o homem torna-se instrumento apto a possibilitar os atos comunicativos.

Feita a exposição geral do pensamento de Luhmann, importa ainda destacar que a construção do conceito de “diferenciação funcional” do sistema social é suficiente para conectar a presente explanação ao direito. Assim sendo, pode acontecer que da complexidade do entorno resulte a necessidade de “*especializar as respuestas selectivas em conjuntos ordenados al cumplimiento de determinadas funciones*”²³, criando, para tanto, subsistemas.

Enfatizando o direito como um subsistema, este é concebido enquanto “*unidade auto-referentemente auto-poiética de comunicações*”²⁴, que se autonomizou do sistema social geral “*graças à emergência de um “código”²⁵ próprio e diferenciado suficientemente estável para funcionar como centro de gravidade e princípio energético de um processo de auto-produção recursiva, fechada e circular de comunicações especificamente jurídicas*”²⁶. Diante dos problemas da pluralidade, a emergência de um programa que delimite quais comportamentos podem ser classificadas como legais/ilegais, lícitos/ilícitos, viabiliza a redução da complexidade.

Para a consolidação de confiança institucional, atribuiu-se ao direito a função de instrumentalizar um “*programa normativo de decisão*”²⁷ orientado à estabilização de expectativas dos comportamentos socialmente admissíveis. Pode-se destacar que as normas traduzem certa identidade, à medida que se caracteriza pela “*compreensão geral das*

²² IZUZQUIZA, op. cit. p. 239

²³ IZUZQUIZA, op. cit. p. 283

²⁴ NEVES, op. cit. p. 251

²⁵ Luhmann cita a existência de um código binário próprio dos sistemas, que consiste em “*assegurar justamente a originária auto-reprodução recursiva de seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais.*” LUHMANN apud TEUBNER, op. cit. p. 14

²⁶ TEUBNER, op.cit.p. 21

²⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, op. cit. p. 425

*regulações jurídicas e com a qual se pode definir os âmbitos de organização pessoal na interação comunicativa, de tal maneira que tais ou quais comportamentos sejam conhecidos e esperados pelos membros da sociedade, gerando, pois, e com isso, expectativas de condutas*²⁸.

A funcionalização do direito consiste em “*generalizar coerentemente expectativas para que se possa decidir vinculantemente sobre o agir contingente*”²⁹, através de instrumentos normativos que tencionam a planificar modelos de comportamento admissíveis. Assim,

(...) para que uma norma determine a forma de uma sociedade, o comportamento conforme a norma deve ser efetivamente esperável em essência, o que significa que os cálculos das pessoas deveriam partir do princípio de que os outros hão de se comportar em respeito à norma, ou seja, não a infringindo. Ao menos nos casos de normas de certa importância, essa previsibilidade da fidelidade normativa das outras pessoas necessita um certo alicerce cognitivo para realmente existir³⁰

Especificamente à seara jurídico-penal, Jakobs aponta que o direito estaria “*orientado a garantir a identidad normativa, la constitución y la sociedad*”³¹. Para assegurar que a ação humana seja fidedigna ao direito, as normas penais respondem com a imposição de sanção a uma defraudação realizada: para que os homens atuem de modo fiel às expectativas sociais, devem guiar seus comportamentos de acordo com preceitos normativos, que uma vez descumpridos, importam em resposta punitiva. Tenciona-se a confirmação de vigência da lei e conseqüente manutenção da ordem social.

De tal forma, atribui-se à sanção a reafirmação da autoridade da norma infringida – sintoma de auto-preservação do sistema, vez que há restabilização da expectativa ofendida mediante a ação desconforme –, e no plano simbólico³², pretende-se a restauração da confiança mediante a reparação dos efeitos negativos que a violação produziu socialmente. Assim, Jakobs aponta um dupla finalidade à pena, quais sejam:

²⁸ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, op.cit. p. 19

²⁹ NEVES, *O funcionalismo (...)*, op. cit. p. 261

³⁰ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op.cit. p. 10

³¹ JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1996, op. cit. p. 15

³² Jakobs afirma que “*ciertamente, se puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, le esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad ao ordenamiento jurídico*”, op. cit. p. 18

(...) *prevención general*, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; *positiva*, porque este efecto no se pretende en que consista em miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena”³³

As críticas elaboradas ao pensamento de Jakobs decorrem de sua proposta de aplicação do direito penal dependendo do autor que estará sendo julgado pelo sistema jurídico: ao cidadão aplicam-se as garantias do Estado de Direito, restando ao “inimigo”, enquanto fonte de perigo, todos os mecanismos suficientes à sua neutralização. Aliada à “desumanização” do homem está a doutrina funcionalista – vale lembrar, que não o considera enquanto elemento componente da sociedade – para a qual apenas importa resguardar a estabilidade jurídica do sistema, sem que se realize uma crítica acerca do conteúdo da norma, ou da legitimação dos efeitos advindos com a aplicação da pena. Nesse sentido, sintetiza Castanheira Neves que a finalidade atribuída ao subsistema jurídico se sobrepõe ao valor, razão pela qual as “*categorías da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade, para serem as do útil, da eficiência, da performance*”³⁴.

Nesse sentido, importa refletir de que forma a funcionalização do homem resulta em justificar-lhe o rótulo de “inimigo” frente ao direito penal, demonstrando, ainda, que as conseqüências de tal adjetivação afastam a possibilidade de sua constituição enquanto pessoa pertencente ao espaço social.

³³ VELÁSQUEZ, Fernando. El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, p. 197-219, op. cit. p. 201

³⁴ NEVES, Castanheira. Entre o « Legislador », a « Sociedade » e o « Juiz », ou entre « Sistema », « Função » e « Problema » - os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, op. cit. p. 181

2. DA ADJETIVAÇÃO DO HOMEM COMO INIMIGO: É POSSÍVEL UMA SOCIEDADE SEM PESSOAS?

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO-PESSOA:

Para apresentar as críticas apontadas à forma como o pensamento sistêmico aborda o indivíduo na sociedade – particularmente no interior do subsistema referente ao jurídico-penal – importa destacar, ainda que de forma não tão detida, o percurso histórico no qual o homem desenvolveu-se, para ao final, destacar as críticas de cunho humanísticas efetuadas ao funcionalismo e a concepção de inimigo sustentada por Jakobs.

Qualquer investigação acerca das características do homem – ou, nos dizeres de Castanheira Neves, de sua “*imagem*”³⁵ construída intelectualmente – referencia-se à sua “*existência prática num certo cursus histórico*”³⁶, motivo pelo qual a contextualização do universo e das tradições autorizam a delimitação de seus adjetivos. Assim, sabe-se que o sujeito trágico-metafísico grego estava inserido – frise-se, enquanto parte – numa ordem cosmológica pré-constituída integrante, o qual “*continha-o a ele e ele, contido no universo, contemplava-o e reflectia-o (...) sem perguntar por si nem pela natureza do fenómeno que reside nessa reflexão*”.³⁷

Da idéia de pertencimento a uma condição pressuposta transcendente, infere-se a ausência de autonomia do homem para “construir-se a si”, vez que sua essência era o resultado da contemplação de sua comunhão com o mundo, posta em “*irrefutável realidade, como um dado primário, anterior a toda a experiência possível*”³⁸. Ademais, enquanto membro constituinte da *polis*, a participação na vida social refletia o afastamento do sujeito individual - correlacionado ao significado moderno de intimidade, singularidade do “eu” – sendo “*zoon politikon*” (...) *no sentido de que depende da cidade para a realização de sua natureza*”³⁹.

Definidas, em traços gerais, as características do homem da antiguidade, destaca-se que a idéia de pessoa estava presente naquela cons-

³⁵ NEVES, Castanheira. *A imagem do homem no universo prático*. In: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia, e outros. Digesta, volume 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, op. cit. p. 312

³⁶ NEVES, *A imagem (...)*, op. cit. p. 312

³⁷ MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol. 1, Parte Histórica. 2. ed., Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, op. cit. p. 11

³⁸ VERNANT, Jean-Pierre. *O Homem Grego*. Lisboa: Presença, 1994, op. cit. p. 15

³⁹ NEVES, *A imagem (...)*, op. cit. p. 321

trução filosófico-jurídica-política. Inicialmente, o vocábulo “*persona*” surge em virtude das artes cênicas, vez que “*referia-se à máscara do ator que cobria a individualidade de seu rosto “pessoal” e indicava ao espectador o papel e a ação representadas pelo actor da peça.*”⁴⁰ De tal forma, evidente que tal instrumento simbolizava a diferenciação entre o personagem representado (idéia de “papéis” ainda hoje resgatada) e sua existência subjetiva no universo real. Os romanos se utilizaram de tal expressão metaforicamente, visto que

“(…) no direito romano a *persona* era alguém que possuía direitos civis, distinguindo-se claramente de *homo*, palavra que designava alguém que não passava de um membro da espécie humana, diferente, sem dúvida, de um animal, mas sem qualquer qualificação ou traço distintivo específicos, o que explica que *homos*, como a palavra grega, *anthropos*, fosse com freqüência um termo usado depreciativamente para designar pessoas que nenhuma lei protegia.”⁴¹

A noção de “pessoa” define contornos mais exatos com o advento da doutrina teológica cristã, ao desenvolver a dupla natureza de Cristo – humana e divina – mas que, enquanto homem, revela-se único e indivisível. O homem eleutério-religioso do medievo buscava seus fundamentos constituintes nos preceitos transcendentais, porque pré-constituídos em uma ordem religiosa.

Importa destacar a importância do século das luzes para a construção do sentido moderno de sujeito. Assim, em ruptura com o paradigma anterior, passa a existir uma nova compreensão do “ser”: caracteriza-se como uma “*energeia, um ser dinâmico e evolutivo, capaz de novidade, com irreversibilidade e historicidade, em que o homem participaria também com a sua força criadora, e se revela assim de uma aberta indeterminação susceptível de admitir a intervenção transformadora.*”⁴²

Nesse passo, afastando a fundamentação transcendental dos tempos passados, a característica diferenciadora humanística do período surge com a noção de individualidade – conjugada com autonomia e responsabilidade –, que garante ao homem voltar-se a si próprio, para assumir-se

⁴⁰ ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Juízo*. Lisboa: Dom Quixote, 2004, op. cit. p. 11. Ainda importa ressaltar que também se pode derivar *persona* do verbo *personare*, significando “soar através de algo”, correlacionando-se com a voz do ator que ressonava pelo orifício contido na máscara. Disponível em: MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, tomo III, Barcelona: Ariel Referência, 1994, p. 2759-2763

⁴¹ ARENDT, op. cit. p. 12

⁴² NEVES, *Entre o « Legislador » (...)*, op. cit. p. 180

enquanto subjetividade, "compreendendo como fundamentos únicos de seu saber e da sua ação, respectivamente, a razão (e/ou experiência) e a liberdade"⁴³.

Assim, como consequência da secularização, a natureza do homem não mais é semelhante à criação divina, e desvinculando-se de construções irracionais, pretende compreender-se igual perante os homens que, imbuídos de direitos e deveres, ativamente criam suas estruturas sociais e psíquicas. Nesse aspecto, a intermediação da existência humana depende da sociedade, do convívio e partilha de significados entre seus participantes, integrando necessidades-possibilidades do sujeito, que de acordo com Castanheira Neves, "existe coexistindo".⁴⁴

Ainda para o citado autor, o homem da atualidade pode ser concebido como sujeito à medida que seja tido como originário, como novador – isto é, "diferente" e "fonte de novidade" –, "livre" enquanto "autor", uma vez que "pode falar e agir em nome próprio, assumindo-se como um eu, já perante si próprio na ipseidade, já perante os outros na identidade."⁴⁵ Castanheira Neves prossegue apontando que se deve atribuir ao sujeito o estatuto de "pessoa", para que seja-lhe imputado uma vertente ética, de dignidade, e de reconhecimento do valor de sua existência, sempre aferível em comunhão com os outros⁴⁶ que partilham e fazem parte do espaço social.

2.2 DA CONCEPÇÃO DO INIMIGO: ARGUMENTOS FUNCIONALISTAS UTILIZADOS POR JAKOBS PARA JUSTIFICAR O TRATAMENTO DO HOMEM COMO NÃO-PESSOA

Partindo-se da premissa funcional de que a norma penal pretende estabilizar expectativas sociais, resta questionar qual a posição do homem na relação comunicacional que se estabelece entre a prática do delito (entendido como atuação que contradiz o direito) e o sofrimento causado pela pena (enquanto resposta apta a restabelecer o preceito ofendido).

Sendo a possível a interpenetração entre o sistema social e o psíquico, pode-se apontar que os atos comunicativos são os responsáveis pelo desenvolvimento de padrões de comportamento, visto que serão as-

⁴³ NEVES, Castanheira. *A imagem do homem no universo prático*, op. cit. p. 325

⁴⁴ NEVES, Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão (...)*, op. cit. p. 15

⁴⁵ NEVES, A. Castanheira. Pessoa, Direito e Responsabilidade. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 06, fascículo 01, janeiro-março de 2006, p. 09-43. op. cit. p. 33

⁴⁶ NEVES, *passim*

sumidos pelos indivíduos e constantemente repetidos. Dessa forma, ao propiciar a reprodução do modelo de comportamento, o homem é objetivamente considerado como construção de um sistema, que tem por função a assunção de um “papel” – tido como um feixe de expectativas, “*cuya extensión se delimita por el hecho de que, aun siendo actuadas por una persona, no están coligadas establemente a determinados hombres, sino que pueden ser asumidas por diversos sujetos intercambiables y ocupan siempre sólo una parcela del actuar de una persona concreta*”⁴⁷.

É nesse sentido que Jakobs imputa à pessoa a possibilidade de “*representar un papel. Persona és la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de subjetividad de su portador, sino que és representación de una competencia socialmente comprensible*”⁴⁸. Assim, afastando concepções individuais dos agentes e imputando-lhes certos rótulos, torna-se mais fácil prever, diante das inúmeras possibilidades existentes no mundo complexo, quais serão assumidas de acordo com os objetivos funcionalmente necessários ao sistema.

Da visão funcional acima descrita, observa-se que o indivíduo deixa de ser o centro e o fim último de proteção do direito, para “*convertirse en un subsistema físico-síquico al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel en relación con la totalidad del sistema*”.⁴⁹ Transferindo tal crítica à seara criminal, o “delinqüente” passa a ser “*instrumento de uma punição simbólica e de uma função preventiva e de integração ou bode expiatório, mediante cujo sacrificio se celebra a representação da ordem existente e o restabelecimento da segurança de todos os cidadãos*.”⁵⁰ Logo, denota-se que o ponto de partida para a compreensão do homem não é mais o de uma ciência humanística, mas sim aquele em que se torna objeto instrumentalizável e alheio ao sistema social.

A problematização suscitada por Jakobs consiste em saber se todos os seres humanos podem ser tratados como “pessoas” – e nesse passo, sua concepção jurídica os tornaria capazes de atribuição de direitos e deveres⁵¹ –, visto que, uma vez excluídos da condição de cidadãos,

⁴⁷ GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M Bosch, 1993, op. cit. p. 217

⁴⁸ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona* (...) op. cit. p. 61

⁴⁹ JAKOBS apud BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistemática. In *Revista Doctrina Penal*, ano 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, p. 9-26, cit. p. 13

⁵⁰ ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra editora, 1991, op. cit. p. 113

⁵¹ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op.cit.p. 30.

diferentes seriam as respostas punitivas impostas pelo sistema criminal. A questão radica na legitimidade de tratamento diverso para indivíduos que praticam ilícitos penais de forma reiterada – ou seja, para àqueles que tornaram habitual seu comportamento desconforme ao ordenamento jurídico –, mediante a aplicação de regras desiguais, das quais decorrem, como exemplo, a relativização de garantias fundamentais processuais e materiais.

O autor parte do entendimento de que toda *subjetividad concreta siempre se desarrolla en una socialidad*⁵², razão pela qual se requer a mediação da sociedade para compreensão do homem enquanto *persona*⁵³, à medida que nesse espaço representa *um papel* e desempenha funções diversas “*de la expresión de la subjetividad de su portador*”⁵⁴. Assim, reconhecendo a complexidade das formações sociais, Jakobs aponta que a construção da identidade subjetiva perfaz-se diante do conhecimento de um grande rol de comportamentos previsíveis e associados ao sistema normativo. De tal forma, desenvolve-se um padrão de atos permissíveis (lícitos), desde logo fundamentado em estruturas objetivas que afastam particularidades valorativas individuais e isoladas.

Para ser considerado “cidadão”, importa demonstrar no campo social que a expectativa acerca de suas condutas realizáveis estará orientada conforme o dever, oferecendo aos “outros” o compromisso de tratá-los como pessoas, visto que como tal também se comportará. Resgatando as formulações de Hobbes, pressupõe-se que na busca pela paz (dita, auto-preservação), o agente comprometer-se-á a não perturbar a organização do poder central, atuando conforme interesses compartilhados de segurança.

Esse posicionamento de Jakobs aproxima-se de uma leitura antropocêntrica de Hobbes, que aponta para uma descrição pessimista da condição do ser humano no estado de natureza: o filósofo inglês apontava que “*o mais feroz e insociável dos egoísmos era o único dado empírico que os caracterizava*”⁵⁵. O homem possuía um direito sobre tudo, inclusive sobre seus iguais, vez que não havia limitação de sua liberdade origi-

⁵² JAKOBS, *Sociedade, norma y persona (...)* op. cit. p. 30

⁵³ Nesse sentido, Jakobs aponta que a “*subjetividad de un ser humano, ya per definitionem, nunca le es accesible de otro modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes*”; In *Sociedade, norma y persona (...)*, op. cit. p. 52

⁵⁴ JAKOBS, *Sociedade, norma, (...)*, op. cit. p. 51

⁵⁵ MONCADA, op. cit. p. 170

nária – situação da qual decorrem a impossibilidade de criação de direitos/deveres normativamente garantidos e insegurança social.

Assim sendo, considerando-se a racionalidade inerente à sua condição do homem, e diante da possibilidade de auto-destruição de seus pares, opta-se – mediante a figura fictícia do contrato – pela saída de tal situação alienando⁵⁶ sua liberdade, à medida que atribui a organização e pacificação social a um ente diverso deles, o Estado Leviatã, que possui poder absoluto. Entretanto, àquele que atua em desconformidade com tais interesses recebe punição, que se mostra diferenciada para quem o faz em nome privado (cidadão) e para quem atenta contra os poderes do soberano, de forma a questionar a validade do contrato firmado e de seus princípios fundantes. Nesses casos, cometendo os chamados “crimes de lesa majestade”, resultaria a *“rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza (...) e aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”*⁵⁷

Afastados do contrato pelos atos de resistência praticados contra o Estado, restava autorizada a “guerra” contra o “inimigo” – e dessa forma, recebe tratamento diferenciado do súdito – visto que, para Hobbes, *“seja qual for a penalidade prevista para a traição, o representante pode legitimamente fazer-lhe sofrer como inimigo, ou seja, conforme a vontade do representante”*⁵⁸.

De forma semelhante, Jakobs entende que quando o sujeito orienta sua vida em sociedade de maneira a permanentemente afastar-se das garantias de fidelidade às normas (ou nas palavras de Jakobs, *“quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas”*⁵⁹) – demonstrando-se por isso “perigoso” para os demais cidadãos, afasta-se de seu “status” de pessoa sendo então definido como

⁵⁶ Assim é redigida uma de suas leis naturais: *“Cada um deve abdicar voluntariamente do seu direito sobre todas as coisas, desde que os outros também estejam dispostos a isso, na medida em que o considere necessário para a paz e para a sua própria defesa, e deve dar-se por satisfeito com aquela medida de liberdade face aos outros, que ele próprio reconhece aos outros face a si mesmo”*. Retirado de Hobbes, em KAUFAMANN, A. e HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, op. cit. p. 87

⁵⁷ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op. cit. p. 27

⁵⁸ HOBBS apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico n. 14. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2007. op. cit. p. 126

⁵⁹ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, op. cit. p. 43

“inimigo”. Logo, inexistindo lealdade jurídica suficiente para agir conforme o direito, passa a ser considerado como “não-pessoa”, o que autoriza que assim seja tratado pelo Estado, legitimado a suspender seu tratamento como “igual” porque “*estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.*”⁶⁰

Para que o cidadão deixe de ser pessoa e passe a ser tratado como inimigo, Jakobs aponta a importância de que sua orientação cognitiva seja reiteradamente contrária a norma, situação na qual se presumiria a infidelidade ao direito e se justificaria a antecipação da punibilidade – ainda que em claro sinal de punição pelo fato prospectivo e não passado. De outra forma, para aquele cidadão que cometeu um crime – e para o qual se pode falar em um *modus vivendi* ainda suportável⁶¹ – não se retiram seus direitos, visto que nestes casos a sanção imposta será suficiente para restabelecer a vigência da norma. Jakobs infere que a censura legislativa correlacionada ao inimigo direcionou-se, inicialmente, às diversas formas de criminalidade organizada, as quais abrangem a econômica, o terrorismo, o tráfico de entorpecentes.

Do inimigo retiram-se os pressupostos garantísticos do Estado de Direito, vez que estará “*ausente el vínculo jurídico que anuda a la sociedad civil*”⁶². Diante do risco ínsito à sua condição de existência, o delinqüente pode ser punido – frise-se, desproporcionalmente ante seu elevado grau de “periculosidade” – por um comportamento típico, que se produz antes do delito de lesão: aqui, em especial, refere-se a atos terroristas sancionados a título preparatório com a justificativa de garantir a segurança pública.

Ao excluído aplica-se o Direito Penal do Inimigo com características de uma guerra declarada, nuclearmente considerada como necessária para combater perigos futuros, vez que para Jakobs, há proteção da norma também com a adoção de um direito penal preventivo, “*aterrorizador, que reduce junto a las cifras de criminalidad también los derechos personales de libertad y el respeto a la persona*”⁶³.

Diversas são as críticas apostas ao teórico, dentre elas: **a)** qual o limite – se porventura existiria! – do exercício do poder punitivo quando se sanciona o comportamento do inimigo? **b)** quem decide, e sob quais critérios, qual indivíduo pode ser tratado como não-pessoa? **c)** ainda, como

⁶⁰ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op. cit. p. 17

⁶¹ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op. cit. p. 35

⁶² JAKOBS; MELIA, op. cit. p. 46

⁶³ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op. cit. p. 37

se justificaria que a necessidade de restauração da vigência da norma pode ser apta a afastar garantias constitutivas do Estado Democrático de Direito?

A principal resposta funcionalista aponta para a dinâmica auto-referente do sistema, visto que nas palavras de Jakobs *“a sociedade decide, ela mesma, quem está incluído nela e quem não está (...) a sociedade decide em que medida inclui ou exclui (...). Grosseiramente falando, uma sociedade abstratamente concebida pode considerar pessoa no Direito “quem, ou melhor, o que ela bem entender”*⁶⁴.

Resulta clara a colocação das prioridades de conservação do sistema sobre o estatuto de dignidade do homem, que apenas é tido como instrumento para assegurar a redução da complexidade social. Significa pensar a possibilidade de concepção de uma sociedade alheia à subjetividade dos seus participantes?

3. A TÍTULO DE CONCLUSÃO: CRÍTICA HUMANÍSTICA AO TRATAMENTO DO INIMIGO COMO “NÃO-PESSOA”

Da concepção teórica que compreende o indivíduo como sistema psíquico externo ao social infere-se que *“não são as pessoas os sujeitos e titulares do sistema jurídico, o qual não estaria assim na disponibilidade delas, mas seria ao contrário, o sistema jurídico na sua funcional autonomia o verdadeiro protagonista constitutivo da juridicidade e a que se assimilariam instrumental-funcionalmente as pessoas”*⁶⁵. Logo, o homem será aferido – de forma positiva ou negativa – estritamente pela sua funcionalidade (papel) *no e para* o sistema, em detrimento da *“importância da acção e os seus efeitos de inter-acção particular”*⁶⁶.

Desde logo, apontando que o pensamento de Luhmann pressupõe uma modificação de paradigma – referente ao lugar do “homem” na teoria dos sistemas –, sobressalta-se como paradoxal a questão acerca da principal característica da modernidade: se o reflexo da emancipação do indivíduo resulta na possibilidade de escolha/realização auto-constitutiva de seu significado, como garantir o exercício de sua subjetividade, se tal não possui qualquer relevo para a formação do sistema social?⁶⁷

⁶⁴ JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo*, op. cit. p. 41

⁶⁵ NEVES, *O funcionalismo (...)*, op. cit. p. 299

⁶⁶ NEVES, *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, op. cit. p. 29

⁶⁷ TEUBNER questiona se estaríamos diante da “desumanização” do indivíduo. Para tanto, conferir página 92.

Nesse ponto, Castanheira Neves afirma que a *funcionalidade não reconhece a dialética*⁶⁸, vez que não admite a *“integração de autonomias individuais no todo comunitário (...) e não compreende a questão da existência histórico-social”*⁶⁹. Considerando que o sistema jurídico visa a otimizar a estabilidade organizando expectativas de conduta, e para tanto, seus destinatários *“serão vistos como numa mera fungibilidade funcional, a desempenhar tão-só papéis pessoalmente indiferentes”*, pode-se falar na existência de sociedade, e direito, sem sujeitos?

Como exposto, para a atribuição da condição de “pessoa” ao indivíduo requer-se um elemento ético, que seja percebido pelo outro, e da mesma forma, por ele reciprocamente assumido⁷⁰ - o que justifica que o desenvolvimento de suas relações ocorra no seio social. Entretanto, se imponho ao outro o papel de “inimigo”, e dele afasto qualquer estatuto de dignidade, seria possível considerar que também ele me assuma enquanto inimigo, na via mútua do reconhecimento? Restaria frustrada, por princípio, qualquer intenção de estabilidade ante a expansão da guerra de todos contra todos?

Partilhando-se da premissa de que o direito penal não deve ser o mecanismo utilizado para a eliminação primeira dos perigos modernos, o tratamento dispensado por Jakobs ao inimigo denota sua instrumentalização, vez que o sujeito se transforma em *“portador de una respuesta penal simbólica, de una función preventiva e integradora, que se realiza “a su costa” (...) mientras permanece excluida su condición de destinatario y fin de una política de auténtica reintegración social”*⁷¹.

A funcionalização do homem afasta autonomias individuais, excluindo sua subjetividade para *“ficar só uma comunicação sem autênticos comunicantes”*⁷². Entretanto, nos dizeres também de Castanheira Neves, o ser *“não está simplesmente imerso no mundo e na sua realidade”*⁷³, mas ao contrário, está aberto às suas complexidades, visto que no seio das possibilidades é que realiza suas escolhas, capazes de o constituir. E ao inimigo, qual escolha lhe é propiciada quando se nega sua capacidade de “ser pessoa”?

⁶⁸ NEVES, *O funcionalismo...*, op. cit. p. 278

⁶⁹ NEVES, *O funcionalismo*, op. cit. p. 277

⁷⁰ NEVES, *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, op. cit. p. 36

⁷¹ BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistemica. In *Revista Doctrina Penal*, ano 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26

⁷² NEVES, *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, op. cit. p. 31

⁷³ NEVES, *O funcionalismo (...)* op. cit. p. 299

A demonização do inimigo justifica a exacerbação do punitivismo, legitimado pela racionalidade estratégica do direito, a qual importa o cumprimento de certa função. Assim, verifica-se que em relação ao sistema, as pessoas “*sem serem verdadeiramente os seus “sujeitos” serão decerto dele destinatárias e vítimas*”⁷⁴, o que se vislumbra na seara criminal para aquele que não atua conforme a norma: ao inimigo, a guerra, declarada em nome da segurança (do sistema!).

Ademais, não há qualquer avaliação valorativa do conteúdo das expectativas defraudadas, visto que compete somente ao sistema selecionar o que é interessante para a sua auto-produção, deixando o homem alheio a definição ou modificação dos comportamentos.

Da exposição dos problemas inerentes à concepção funcionalista do direito penal adotado por Jakobs pode-se concluir, utilizando-se das palavras de Zaffaroni, que o “*Estado nos torna, a cada dia, mais garantantes daquilo que nós nunca imaginamos que teríamos que garantir*”⁷⁵. De tal constatação decorre que a prática de comportamentos – presentes e futuros! – que se ajustem a expectativas contidas nas normas para a manutenção de uma estrutura sistêmica, ausentes de intenções subjetivas dos homens – porque lhe cabe apenas o cumprimento de certas tarefas – não é “*nada além de um pretexto a mais para legitimar a expansão do controle punitivo*”⁷⁶.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra editora, 1991

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Juízo*. Lisboa: Dom Quixote, 2004

BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistêmica. In *Revista Doctrina Penal*, ano 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, p. 9-26

GIMENEZ, ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 1993

⁷⁴ NEVES, *O funcionalismo (...) op. cit. p. 277*

⁷⁵ ZAFFARONI, *op. cit. p. 21*

⁷⁶ ZAFFARONI, *op. cit. p. 22*

GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 7, p. 211-247, dezembro de 2005.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n.º 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126-160

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escândalo*. Barcelona: Anthropos Editorial del Hombre, 1990

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1996

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009

MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol. 1, Parte Histórica. 2. ed., Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, tomo III, Barcelona: Ariel Referência, 1994

NEVES, A. Castanheira. O Funcionalismo Jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. In: *Escritos acerca do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Digesta, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 207-208

_____. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *Escritos acerca do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Digesta, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 11-41

_____ A imagem do homem no universo prático. In: *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia, e outros*. Digesta, volume 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995

_____ Entre o « Legislador », a « Sociedade » e o « Juiz », ou entre « Sistema », « Função » e « Problema » - os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

_____ Pessoa, Direito e Responsabilidade. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 06, fascículo 01, janeiro-março de 2006, p. 09-43

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopiético*. Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

TOURAINÉ, Alain. KHOSROKHAVAR, Farhad. *A procura de si: diálogo sobre o sujeito*. Instituto Piaget: Lisboa, 2001

VELÁSQUEZ, Fernando. El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, p. 197-219

VERNANT, Jean-Pierre. *O Homem Grego*. Lisboa: Presença, 1994

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico n. 14. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2007.