

O INIMIGO EM CARL SCHMITT, O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS E O ESTADO DE EXCEÇÃO

EL ENEMIGO EN CARL SCHMITT, EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN
JAKOBS E EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Mariel Muraro

RESUMO: O texto procurou trabalhar o conceito de inimigo em Carl Schmitt para relacioná-lo ao conceito de inimigo estabelecido pelo Direito Penal do inimigo em Günther Jakobs. Para tanto se analisa com profundidade o conceito de inimigo em Schmitt, que propõe que o inimigo deva ser tratado como criminoso, estabelecendo-se sua origem jusfilosófica e sua relação com o político. Posteriormente busca-se conceituar o Estado de Exceção, pela construção de Giorgio Agamben, como um espaço de indecidibilidade presente no Estado de Direito. Por fim analisam-se os fundamentos de aplicação de um Direito Penal do inimigo, o qual propõe o tratamento do criminoso como inimigo do Estado, sendo ao mesmo destinado um tratamento diverso daquele aplicado ao cidadão, partindo dos paradigmas do Estado de Direito, da guerra e da exceção.

Palavras-chave: Estado; direito; inimigo; política; Carl Schmitt; Estado de Exceção; Direito Penal; Günther Jakobs.

RESUMEN: Este trabajo ha tratado del concepto de enemigo en Carl Schmitt relacionado con el concepto de Derecho Penal del enemigo establecido en Günther Jakobs. Para esto se analiza en profundidad el concepto de enemigo en Schmitt, que ha propuesto que el enemigo debe ser tratado como un criminoso, también se analiza su origen jusfilosófica y su relación con el político. Más tarde, tratamos de conceptualizar el Estado de Excepción de Giorgio Agamben propuesto como un espacio de indecisión en este Estado de Derecho. Finalmente se analizan las razones de la aplicación de un Derecho Penal del enemigo, que se propone tratar al delincuente como un enemigo del Estado, siendo para el mismo dado un tratamiento diferente del que se aplica a los ciudadanos, basado en los paradigmas del Estado de Derecho, la guerra y la excepción.

Palabras-clave: Estado; derecho; enemigo; política; Carl Schmitt; Estado de Excepción, Derecho Penal; Günther Jakobs.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido pela preocupação com o retorno à discussão da obra de Carl Schmitt, especialmente “O Conceito do Político”, o qual retoma questões como a definição do político a partir do conceito de amigo e inimigo, com possibilidade real de confrontarem-se através de uma guerra.

Também chama a atenção a crítica que faz o autor ao modelo de estado liberal¹, adotando este como seu inimigo, contrapondo-se à indicação da necessidade de se estabelecer um Estado Soberano conforme o modelo Absolutista.

Através do retorno às teorias contratualistas Schmitt defende o decisionismo em detrimento do normativismo, afirmando que o Soberano é aquele que decide no caso de exceção, defendendo ainda a homogeneização da sociedade como única forma de garantir a ordem e a paz a partir do que poderia estabelecer-se a obediência a um conjunto de normas escritas.

Essa homogeneização deveria ser alcançada ainda que fosse necessária a eliminação física daqueles que são classificados como diferentes, o que hoje pode ser conseguido, ou tem sido defendido, através de um Direito Penal do inimigo, teoria pensada pelo alemão Günther Jakobs, após o ataque terrorista aos EUA em 11 de setembro.

Propõe-se, portanto, após discutir o conceito de inimigo de Carl Schmitt, verificar se esse conceito foi recepcionado pelo Direito Penal do inimigo e como esse mecanismo atua em nossa sociedade promovendo a eliminação física dos não-cidadãos através de mecanismos do Sistema Penal.

2 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INIMIGO EM CARL SCHMITT

A definição do conceito de inimigo em Carl Schmitt passa pelo conceito de política, que por sua vez relaciona-se com a ideia de Estado, cujo modelo para o autor seria o Estado Absolutista, pois neste contexto o Estado buscava, por meio do poder soberano, garantir o monopólio do político com o fim de regular os conflitos sociais.

Porém quando grupos sociais ascendem ao poder e tomam o monopólio político, o Estado não consegue mais exercer sua finalidade de proteção, uma vez que a pluralidade faz renascer o conflito interno. Assim, para que o Estado realize sua função de estabilização da ordem e mantenha a paz nessa sociedade seria necessária a eliminação da pluralidade.

A crítica que Schmitt faz à leitura liberal da democracia é a de que estando o Estado submetido à sociedade civil, este serviria apenas como instrumento de luta daqueles particulares no poder que defenderiam apenas seus interesses². Quando o Estado não tem,

1 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Vozes, 1992. p. 48.

2 *Ibid*, p. 48.

portanto o poder soberano, não consegue atender a todas as demandas sociais e o conflito se acentuaria diante da dita pluralidade.

Na concepção schmittiana, portanto, o conceito de político seria mais amplo que o de Estado, pois “O conceito do Estado pressupõe o conceito do político”³, colocando assim como fundamento definidor do político o conceito de amigo-inimigo⁴.

Inimigo não seria um adversário privado, mas o inimigo público e a decisão sobre este determina a condição política como marco conceitual positivo⁵, ou seja, a possibilidade de realizar a guerra pertence ao Estado, pois ele tem o poder de definir o inimigo⁶.

Segundo Henrique Serrano Gómez, como nem todo inimigo é político, mas só o público, é a dualidade publico privado que diferencia na verdade o político, apesar de Schmitt negar essa afirmação textualmente. Apesar da negação, Serrano Gómez se pergunta se não é possível pinçar dos amigos que constituem a esfera pública um estranho, um transgressor interno da ordem pública, um cidadão interno que se torna um inimigo público, que é o que se propõe a analisar em conjunto com a reflexão sobre o Direito Penal do inimigo⁷.

Inimigo público é aquele contra o qual se pode desembocar numa guerra com o fim de extermínio, ou seja, a “luta que tem por fim ‘a negação ôntica de um ser distinto’.”⁸. Não que para Schmitt a política seja exclusivamente a guerra, mas que a guerra é um pressuposto fundamental da ação política.

Mais tarde Foucault, também na tentativa de explicar as relações de poder que permeiam a sociedade, afirma que o poder é em sua origem uma relação de força – do que se conclui deve ser analisado sob o viés da guerra. Assim, invertendo a proposição de Clausewitz, Foucault afirma que a política é a continuação da guerra por outros meios. Portanto as relações de poder têm sustentação na relação de força que historicamente é determinada por uma guerra. Neste aspecto, o poder político deveria buscar fazer reinar a paz, através de uma relação de força caracterizada por uma guerra silenciosa, inserindo a força nas instituições, na linguagem, nas relações econômicas e nos corpos dos indivíduos. Essa

3 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. p. 35 e 43.

4 *Ibid*, p. 51.

5 *Ibid*, p. 36 e 55.

6 *Ibid*, p. 71.

7 GOMÉZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto – Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. México: Centro de Estudios de Política Comparada. p. 43.

8 *Ibid*, id.

situação deve ser interpretada, portanto como continuação da guerra e deve ser admitido que a decisão final também venha da guerra⁹.

Como a guerra pode ocorrer por qualquer motivo – religioso, cultural, econômico etc. – esses motivos podem adquirir o caráter público na medida em que são capazes de reunir indivíduos em “bandos opostos”¹⁰. Frise-se que tanto a Política como o conflito são formas insuperáveis da condição humana.

Portanto seriam condições para que o conceito de amigo-inimigo se converta em critério distintivo da política além do caráter público, a possibilidade de se converter em guerra pela intensidade das diferenças encontradas nesses bandos combativamente organizados.

Apesar da característica humana conflitiva, os indivíduos precisam de uma ordem social para viver, sendo ela o resultado desses conflitos permanentes. Segundo Serrano Gómez, Schmitt buscou na teoria antropológica de Helmuth Plessner o fundamento para sustentar essa afirmação: o homem permanece indeterminado e isto lhe dá a possibilidade de olhar a realidade e posicionar-se em relação a ela, “A experiência da contingência leva o homem a tomar consciência de que pode transformar um dado para criar uma ordem social que lhe ofereça segurança frente ao entorno hostil.”¹¹. O entorno à ordem criada é ameaçador por que é evidente sua fragilidade, pois construída pelos homens. O espaço que o indivíduo ou o grupo reconhecem como confiável é o resultado de sua auto-afirmação e luta, ao passo que o campo hostil é o público, representado por um conjunto de pessoas e coisas que não pertencem à comunidade.

Esse é o limite para se estabelecer a posição do amigo-inimigo, critério que pode ser retirado de laços familiares, pessoais, étnicos, ou de um conjunto desses elementos, e a definição dessa identidade implica na determinação do outro, ou seja, o amigo, o pertencente à ordem, somente se identifica e é concebido a partir da identificação do inimigo e essa identidade do indivíduo e do grupo é uma aquisição política que se modifica graças ao poder fundado na luta contra o outro¹².

O homem é um ser incompleto que preenche seu vazio somente quando se defronta com a dualidade amigo-inimigo, pois essa dualidade representa a própria condição humana e sua dimensão política, na medida em que ele é posicionado dentro de uma dessas categorias.

9 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 22-23.

10 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. p. 63.

11 GOMÉZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto – Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. p. 44

12 *Ibid*, p. 45.

Nesse sentido seria tarefa do soberano tomar a decisão relevante de dizer quem é amigo e quem é inimigo, sendo que essa decisão marca toda a ordem social.

Tal defesa pode induzir a pensar que Schmitt compactua com a concepção aristotélica de que o homem é um animal político, especialmente porque Schmitt desde o prólogo deixa claro sua concordância com o autor grego ao afirmar que “a amizade e a guerra são a origem de toda instituição e de toda destruição”¹³.

No entanto, os posicionamentos são distintos uma vez que para Aristóteles existe uma ordem válida necessária e universal, sendo considerada “política boa” o que está de acordo com essa ordem e “bem político” como sendo a justeza das posições à ordem. O conflito aqui seria acidental e motivado pela irracionalidade dos indivíduos. Para evitar o conflito bastaria educar os indivíduos, ou, uma segunda posição diz que sempre haverá certa irracionalidade nos homens, bastando construir um modelo de política próxima do ideal que fosse capaz de controlar a conduta dos indivíduos. Nessas vertentes se reconhece que o homem é um animal político, mas se quer diminuir sua manifestação política, ou até eliminá-la¹⁴.

Schmitt, diferentemente, diz que o conflito é algo insuperável da natureza humana, seria algo pelo qual os indivíduos desenvolvem sua racionalidade, ou seja, o racional significa o desenvolvimento de procedimentos para administrar os seus conflitos construindo uma ordem que representa um refúgio ao caos mundano. Porém essas ordens são refúgios particulares, elas não possuem validade universal, e ao dizer isso Schmitt admite o pluralismo bem como que nele reside a raiz do conflito¹⁵.

Quanto aos questionamentos morais sobre a natureza humana, se os homens são bons ou maus, é necessário destacar que a decisão sobre amigo-inimigo não se reduz onticidade de ser bom ou mal, pois a política precede os preceitos morais, haja vista que o uso da expressão bom x mal pressupõe uma ordem e essa ordem é resultado de uma decisão soberana e a decisão do soberano precede e fundamenta a linguagem moral que diz o que é bom e mal. Pode-se concluir, portanto, que Schmitt nega a existência de uma moral universal.

Amigos são aqueles que compartilham um conjunto de valores e normas concretas que permitem chegar a um consenso, ao passo que entre inimigos somente pode haver o conflito. Um universalismo moral somente intensificaria o conflito porque cada grupo tentará

13 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**, p. 31.

14 GOMÉZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto – Schmitt, Arendt y la definición de lo político**, p. 46.

15 *Ibid*, p. 47.

identificar seus valores com os universais enquanto que o rival seria um inimigo absoluto, universal¹⁶.

Compreender que cada grupo se organiza a sua maneira pode reduzir o conflito à política. No entanto ao longo da história isso nunca ocorreu, sempre era autorizado contra o inimigo o uso da violência mais ferrenha na defesa do “único interesse justo”. Nos conflitos religiosos europeus a única solução era transformar a “guerra justa” em um “inimigo justo” e somente esse conceito de inimigo justo pode fundamentar tanto a declaração de guerra como a negociação de trégua ou paz, ou seja, permite fazer política¹⁷.

Quem faz esse progresso são os Estados Absolutistas e somente a decisão do soberano é capaz de definir a ordem nacional que declara seu inimigo justo, com isso transfere-se a esfera do conflito de grupos para conflitos entre estados soberanos. Portanto o monopólio estatal seria a única forma de limitar a inimizade e garantir a segurança e a paz dentro da nação, segundo Schmitt¹⁸.

O monopólio político do Estado permite que ele disponha da vida de seus cidadãos, exigindo que eles matem e morram na guerra com o inimigo, em contraponto, evitaria a eleição de inimigos privados em públicos segundo uma vontade particular¹⁹.

O que é questionável no pensamento de Schmitt é a ideia de que o poder estatal pode transformar determinada comunidade em uma realidade homogênea, uma comunidade de amigos políticos. Porém, a práxis atual demonstra que as sociedades modernas são plurais e conflitivas e essa diferenciação é estimulada pelo liberalismo.

3 O POLÍTICO E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Visto que o político se define a partir do conceito de amigo-inimigo e quem deve declarar essa condição é o soberano, ou seja, tomar a decisão sobre a inclusão ou exclusão dos indivíduos, tem-se que o conceito de poder soberano é um conceito limite, uma vez que a soberania inclui em si a exceção da decisão na qual o direito se aplica – desaplicando.

Carl Schmitt foi o primeiro autor a estabelecer uma contiguidade essencial entre o poder soberano e o estado de exceção, definindo o soberano como aquele que decide no estado de exceção.

16 GOMÉZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto – Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. p. 48-49.

17 *Ibid*, p. 49.

18 *Ibid*, p. 50.

19 *Ibid*, p. 50-51.

Como o estado de exceção acontece nos períodos de crise política, ele toma decisões políticas e não jurídicas, portanto, “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”²⁰.

O estado de exceção é de difícil definição, e quem procurou formular conceitos mais precisos foi Giorgio Agamben, afirmando que este pode ser verificado durante o período de guerra civil, insurreição e resistência, e este momento se situa diante de uma “zona de indecidibilidade”²¹, ou seja, são respostas políticas, e não jurídicas, dadas aos conflitos.

O significado biopolítico do estado de exceção remete ao direito de incluir o vivente através da sua suspensão, o que ocorreu com a ordem emitida pelo governo norte-americano em 2001 autorizando que qualquer cidadão seja detido e julgado por tribunal especial se suspeito de prática de terrorismo²², medida essa decorrente do atentado de 11 de setembro. Nestes casos, onde o sujeito perde inclusive sua identidade, a “vida nua” chega ao máximo de sua indeterminação.

Portanto, o estado de exceção passou a ser adotado inclusive nas atuais democracias contemporâneas e transformou a estrutura e o sentido de diversas constituições. O estado de exceção é hoje um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”²³.

Esse estado de exceção teve origem na tradição democrático-revolucionária e, no aspecto jurídico, é caracterizado pela suspensão do estado de direito, o que conduz a um esvaziamento dessa ordem e a uma indistinção dos poderes (fusão do executivo, legislativo e judiciário) combinada com a plenitude originária do poder soberano.

Assim, a partir do momento em que o estado de exceção vira a regra ele se apresenta mais como técnica de governo do que medida excepcional, deixando transparecer sua “natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica”²⁴.

Agamben salienta que a defesa da constituição é o que a leva a sua ruína, uma vez que a fiscalização somente pode ser feita pelo povo, portanto, os institutos constitucionais correm o risco de se tornarem totalitários, tal como uma ditadura constitucional na qual o estado de exceção vira a regra.

Contrapõe-se à ditadura constitucional o direito de resistência previsto em algumas legislações²⁵, mas tal direito apresenta os mesmos problemas que o próprio estado de exceção,

20 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

21 *Ibid*, id.

22 *Ibid*, p. 14 e ASMANN, Silvano. **A diferença da biopolítica em Foucault e Agamben**. Curitiba, UFPR, palestra ministrada no Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR. 06/06/2011.

23 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. p. 13.

24 *Ibid*, p. 18.

o que importa na verdade é o significado da ação extrajurídica de ambos. Também a exceção pode estar fundada na defesa da razão estatal.

O estado de exceção somente é incluído na ordem jurídica, tal como estado de “lei”, com o estado moderno. Aqui a necessidade faz com que a lei perca sua obrigação de observação e se torne fundamento. Portanto o estado de exceção pode ser ilegal, mas é jurídico e constitucionalmente perfeito, concretizando-se a partir de novas regras²⁶.

O estado de exceção na verdade é uma suspensão do ordenamento com o objetivo de salvaguardá-lo para uma ocasião de normalidade. Portanto, “É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento de uma norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção...”²⁷.

Essa contraposição entre direito e exceção gera uma tensão no exercício da soberania sendo necessário nos remetermos ao poder constituinte. Este deve ser compreendido em sua origem como destruição para posterior reconstrução, pois para que ele possa se constituir e criar uma nova ordem legislativa deve destruir a ordem anterior.

Agamben, parafraseando Schmitt, diz que o soberano está ao mesmo tempo dentro e fora da lei, pois ele pode declarar o estado de exceção e a suspensão das leis. O estado de exceção permanece no estado de direito, mas o espaço entre a exceção e a regra se torna indistinguível.

Nessa temática, Vera Karam de Chueiri afirma que:

O ato do soberano, que é um ato de vontade, enseja uma decisão que assevera a sua autoridade e a qual, no entanto, está fora do direito. A esta situação Carl Schmitt se refere como de exceção soberana, a qual se torna, pois, a condição de possibilidade de validade da norma jurídica e o sentido do poder do Estado.²⁸

Assim o poder constituinte se remete ao conceito de político e de estado de exceção, uma vez que deve deixar de observar a hierarquia das normas pré-estabelecidas para se realizar, ou seja, o poder constituinte nasce da ideia de exceção, ele instaura uma nova ordem política, vinculada à própria vontade soberana. Ele é onipotente, incondicionado e ilimitado temporalmente, o que no fundo nos leva a pensar que ele nega a própria democracia.

25 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 23-24.

26 *Ibid*, p. 44.

27 *Ibid*, p. 49.

28 CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). In FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 349.

O conceito de exceção é de grande importância aqui para justificar que na falta de regras revela-se o centro de gravitação do poder jurídico, ou seja, que o direito se funda numa decisão externa, fora dele, que é a própria política. Portanto o centro de gravitação da norma está fora do direito, em verdade está na política, sendo que a regra se constitui pela exceção.

O poder soberano é praticado através de uma força que está diretamente ligada à ideia de violência no sentido do significado da expressão alemã *Gewalt*: que “pode significar força, violência, autoridade e poder. Tem-se aí o sentido originário da violência fundadora da ordem e da violência mantenedora (que é a própria ordem)”²⁹.

Para Agamben o objetivo de sua análise é justamente revelar que a vinculação entre direito e violência serve para repensar a política, a tarefa que nos ocupa é a de denunciar a ficção da articulação entre violência e direito e abrir aí o campo da política. O estado de exceção marca um patamar onde lógica e *praxis* se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real³⁰.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.1 REFERÊNCIA HISTÓRICA DA ORIGEM DO CRIMINOSO COMO INIMIGO

Neste tópico buscamos saber se é possível extrair da concepção de inimigo de Carl Schmitt a possibilidade de surgimento de um inimigo também interno, ou seja, Schmitt afirmava textualmente que o inimigo é o inimigo político, o inimigo público, mas se vê hoje o emprego do termo inimigo também para dissidentes internos e autoriza-se contra ele inclusive a eliminação física, ainda que ilegal tal como se existisse um estado de exceção dentro do estado democrático de direito.

Na análise de Serrano Gómez:

A relação entre o dissidente e o Estado somente pode ser, para Schmitt, uma relação policial ou, quando o dissidente adquire o poder suficiente para questionar o monopólio estatal do político, uma guerra civil. O que Schmitt falava com a “pacificação” da sociedade pelo Estado é, na realidade, a continuação da guerra civil com os meios de um Estado policialesco; o triunfo de um dos bandos, que permite reduzir seus rivais ao status de delinquentes.³¹

29 CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). p. 369.

30 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. p. 63.

31 GOMÉZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto – Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. p. 51, tradução livre.

Portanto Schmitt não admite a possibilidade de existir um inimigo interno, mas admite a eliminação de dissidentes e violadores da ordem comunitária com o fim de se chegar a uma homogeneia para que se possa estabelecer a ordem, a paz e o próprio Estado. Assim, haveria a possibilidade dessa exclusão, entenda-se aqui inclusive como eliminação física, numa situação imediatamente anterior e necessária à formação do Estado a partir de uma comunidade de indivíduos.

Tomás de Aquino já afirmava na Suma Teológica que a lei serve para disciplinar comportamentos inter indivíduos com vistas a um bem comum. “A comunidade política é (...) uma totalidade coesa e inclusiva, não redutível à soma das partes”³². Assim o bem comum não era visto como a soma dos bens individuais, mas como um corpo vivo ao qual o indivíduo deveria submeter-se. Em sendo esse indivíduo perigoso, desagregador, faz-se necessário suprimi-lo com o fim último de conservação do bem comum, onde tal supressão já era compreendida como eliminação física, ou seja, exclusão da própria vida.

O contratualismo inaugura uma nova lógica e diz que a ordem é representada agora pela soma das partes, ou seja, o todo trabalha em favor das partes, sendo ilegítima a exclusão de um membro social. Porém, segundo Rousseau, a partir do momento em que um membro social se torna um malfeitor, ou seja, lesa um direito social, ele se torna rebelde, traidor da pátria, e cessa, portanto de ser membro daquela ordem uma vez que viola suas leis, autorizando contra ele a prática da exclusão. A ordem neste caso não transcende os sujeitos, mas coincide com a sua soma e representa-se pelo consenso³³.

O contratualismo nasce com jusnaturalismo, em finais do século XVIII, sendo representado por um acordo coletivo firmado como compromisso para uma vida melhor, seria um ato de vontade realizado por cada indivíduo ao firmar o contrato para uma prestação de segurança futura. Inimigo, segundo o contratualismo, é aquele que viola o pacto, neste ponto abre-se espaço para legitimar a punição de acordo com a lógica de exclusão e expulsão.

O século XIX retoma a ideia de Estado como a única forma de organização da sociedade, Estado como sendo o ápice da civilização e a encarnação da ética,³⁴ retornando, portanto à concepção de que o todo, ou seja, a ordem representa-se pela soma das partes, autorizando assim a exclusão do dissidente.

32 PIETRO COSTA, O Criminoso como inimigo: imagens da justiça e dispositivos de exclusão entre o medievo e modernidade. In: **ANAIS dos Encontros de História do Direito da UFSC**. 2010. Disponível em: www.iuscomune.ufsc.br/congresso2010/corpo_ANAIS.pdf. Acesso em 06/08/2011. P. 39.

33 *Ibid*, p. 44.

34 *Ibid*, id.

Os componentes dessa ordem gozam de uma igualdade perante a lei, porém essa igualdade, desde os séculos XVIII e XIX, é de natureza sócio-antropológica, ou seja, o sujeito igual é somente o homem livre, adulto, racional, proprietário, autônomo e europeu. Esses se contrapõem aos perigosos, ou seja, não proprietários, e o princípio da igualdade funciona plenamente somente para os primeiros, sendo os perigosos diferentes e excluídos. Assim a política é exercida como um duplo binário: existindo uma justiça aplicada aos cavalheiros e outra os perigosos³⁵, que é o que propõe o Direito Penal do inimigo.

Estabelece-se, portanto, um campo de tensão entre a igualdade e a segurança. No início do século XIX há um privilégio das matrizes econômico-sociais da periculosidade. Na segunda metade do século XIX a perigosidade é colocada na base antropológica do sujeito e este é o ponto de partida do Direito Penal, a perigosidade do sujeito economicamente desprovido como uma dimensão natural, intrínseca ao indivíduo, antropológica e não a igualdade, autorizando-se a exclusão através do cárcere e também a eliminação física em situação de exceção. Esse criminoso, portanto passa a ser reconhecido como um inimigo, retomando a modernidade a contraposição do “dentro” e “fora” para cidadãos *pleno iure* e cidadãos perigosos, respectivamente³⁶.

Invertendo a preposição aqui apresentada, Schmitt no prefácio do “Conceito do Político” se pergunta se uma ação má seria o pressuposto do Direito Penal e se a sua concepção positiva, de uma má ação, poderia ser o primado do crime, passando a obra sem responder a questão³⁷. Porém no pós-fácil, escrito de 1931, Schmitt afirma que o inimigo deve ser tratado como criminoso.³⁸

O que parece propor o Direito Penal do inimigo é que o criminoso seja tratado como inimigo, invertendo-se a preposição de Schmitt.

4.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS

No primeiro texto de Jakobs, escrito em 2003, o autor propõe o que seria um Direito Penal do inimigo. Já no prólogo afirma que é uma ilusão que todos os indivíduos se relacionam por meio da lei, que tal lei deve corresponder a uma realidade social, não podendo

35 PIETRO COSTA, O Criminoso como inimigo: imagens da justiça e dispositivos de exclusão entre o medievo e modernidade. p. 45-46.

36 *Ibid*, p. 46-47.

37 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. p. 36.

38 *Ibid*, p. 131.

localizar-se no campo do dever ser para ser apta a dirigir a conduta das pessoas³⁹. Reforçando tal entendimento em outro texto datado de 2005, Jakobs afirma que se deve buscar uma vigência real do ordenamento jurídico em face de uma vigência postulada, sendo essa primeira a responsável por garantir a liberdade⁴⁰.

Assim, aquele que não respeita a lei, cometendo delitos que não de mera bagatela, deve ser tido como inimigo e submetido à pena, para impedir o cometimento de novos atos, é a defesa do risco. Ou seja, ele deve ser separado daqueles que admitem estarem submetidos a uma ordem constitucional⁴¹, uma vez que quem não é capaz de adequar sua personalidade ao ordenamento, não tem o direito de ser tratado como pessoa⁴².

Ou seja, o autor propõe uma divisão do Direito Penal em dois sistemas, ou o que ele chama de tipos ideais, um que seria o Direito Penal do cidadão e outro que seria o Direito Penal do inimigo, cada qual com fundamentos e funções diferentes.

O direito penal do inimigo baseia-se no Direito Penal do autor que leva em consideração a personalidade do agente ao aplicar a sanção, para garantir a segurança e com fins preventivos. As legislações do regime nazista foram influenciadas por essa teoria, e continham a diferenciação em duas personalidades de agentes, sendo uma do sujeito nocivo à comunidade e outra do delinquire habitual diferenciando entre eles a aplicação das penalidades, sendo as mais gravosas aplicadas ao delinquire considerado nocivo à comunidade⁴³. Por essa razão o Direito Penal do inimigo também é chamado de Direito Penal nazista, embora Jakobs rejeite tal associação.

O direito penal do cidadão serviria apenas para estabilizar as expectativas normativas, ao passo que o Direito Penal do inimigo aplica-se ao delinquire afastado formalmente da figura de cidadão para evitar riscos futuros. Jakobs pretende que essas tendências se sobreponham e que não sejam vistas como opostas⁴⁴, pois “a exceção se produzirá de qualquer maneira, mesmo sem sua intervenção, e logo aparecerá o Direito que se

39 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p. 13.

40 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 40.

41 _____. **Derecho Penal del Enemigo**. P. 13-14.

42 _____. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. p. 42.

43 ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2007. P. 178 – 184.

44 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. p. 21.

adapte a ela”, havendo a contaminação do Direito Penal do cidadão pelo Direito Penal do inimigo⁴⁵.

Alerta o autor que a expressão Direito Penal do inimigo não deve ser vista de modo pejorativo ou como expressão de um direito propriamente dito, mas como prática do sistema penal autorizada pelo soberano em defesa da ordem e o do estado de direito⁴⁶. Também que o Direito Penal do inimigo não significa “Lei do Menor esforço”, ou “penas por meros indícios ou suspeitas”, ou mesmo o “esquartejamento em praça pública” porque isso não resolve a questão⁴⁷.

A pena para o cidadão seria uma “reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação de validade da norma”, enquanto que a pena para o inimigo seria uma medida física de contenção para a custódia da segurança e para evitar um risco futuro, qual seja, a prática de novo crime, bem como para prevenir a violação da norma. Assim o Direito Penal do cidadão leva em consideração o fato e a culpabilidade do delinquente, ao passo que o Direito Penal do inimigo considera as características pessoais do autor e sua periculosidade⁴⁸.

A pena no Direito Penal do inimigo, bem como a medida de segurança, serve para evitar o cometimento de novos delitos por meio da exclusão do delinquente, ou seja, anulação física através do cárcere. Como a relação entre cidadãos se dá através do estabelecimento de direitos e deveres a relação com inimigos ocorre pela coação⁴⁹, violência e exceção, isto é, fora do âmbito legal.

Ao cidadão, praticante de delitos que não atentam diretamente contra o poder soberano, resguarda-se a possibilidade de retorno à sociedade, por isso deve manter-se seu status de cidadão, propondo-lhe a reparação do feito, o que depende dos pressupostos de sua personalidade, este é o Direito Penal do cidadão.

O cidadão não pode se desfazer de seu status por seus atos, porém a situação é diferente quando se fala em rebelião, em traição ao soberano. Neste caso o indivíduo deve ser punido como inimigo. Este é o posicionamento de Hobbes e Kant que reconhecem um Direito Penal do cidadão, que difere daquele que trai a Constituição, devendo a este ser aplicado o Direito Penal do inimigo⁵⁰.

45 _____, **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, p. 48.

46 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**, p. 22.

47 _____, **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**, p. 44.

48 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso: 24/03/2012. p. 2-3.

49 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**, p. 23 e 25-26.

50 *Ibid*, p. 28-30.

Jakobs, nesse sentido, declara que nem todo criminoso é inimigo, pois existem àqueles que são autores de fatos normais aos quais a pena seria uma forma de garantir a fidelidade jurídica, ao passo que os criminosos tomados como inimigos seriam autores de fatos considerados como de alta-traição. Assim, estes promoveriam um estado de guerra, perdendo sua qualidade de pessoas portadoras de direitos. Aqui estariam incluídos os que praticam crimes econômicos, sexuais, de tráfico de drogas e ligados à criminalidade organizada⁵¹.

Os cidadãos podem reivindicar o direito à segurança do Estado, que o fundamenta e limita, enquanto que o inimigo deve ser excluído de todos os direitos⁵². Para estes a pena que se destina a evitar práticas criminosas futuras permite concluir que se autoriza inclusive a eliminação física desse não-cidadão.

Aquele que vive sobre o estado de natureza e não respeita as leis dos cidadãos merece inclusive a morte, ainda que seja pela prática criminosa em outros Estados-Nação, pois essa conduta é criminosa, independente do *locus* onde se realiza. Autorizar-se-ia inclusive a pena prévia baseada no conhecimento de uma infração grave que ainda que não ocorreria, quando a pessoa está atrelada por exemplo a uma organização terrorista⁵³, bem como o uso de técnicas mais severas durante o interrogatório desse terrorista.

Aos inimigos estariam, portanto suprimidas todas as garantias processuais constitucionais conquistadas com o Estado Democrático de Direito, pois Jakobs afirma que não seria necessária uma forma jurídica processual para apurar tais crimes, a forma de justiça toma a forma de guerra:

Em um processo, que (...) certamente não pode ser designado como conforme à Justiça, mas [pode ser designado] muito bem como conforme à guerra, tenta o Estado (...) destruir as fontes dos terroristas e tornar-se senhor deles mesmos, melhor ainda, matá-los imediatamente, assumindo o risco, no caso, também da morte de pessoas inocentes, conhecido como dano colateral⁵⁴.

51 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. p. 5.

52 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. p. 32-33.

53 *Ibid*, p. 41.

54 JAKOBS, **Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht**, 2004, item IV, p. 93, apud SANTOS, Juarez Cirino dos.: “In einem Verfahren, das (...) gewiss nicht als justizförmig, aber sehr wohl als kriegsförmig bezeichnet werden kann, versucht der Staat (...) die Quellen der Terroristen zu zerstören und ihrer selbst habhaft zu werden, besser noch, sie sogleich zu töten, dabei die Tötung auch unschuldiger Menschen, Kollateralschaden genannt, in den Kauf nehmend.”

“Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de se submeter a essa determinação”⁵⁵. Nesse sentido podemos estabelecer uma conexão com a concepção de Schmitt e Jakobs, pois Schmitt admite ser característica humana inafastável a guerra, o homem coloca-se em guerra para poder estabelecer uma ordem, uma paz, e quem a viola essa paz deve ser expulso. Ainda, segundo Jakobs, essas regras são colocadas pelo vencedor da Guerra. Este seria um ponto de interseção.

Mas o primeiro e mais evidente ponto de interseção das construções teóricas seria o uso da própria expressão “inimigo”, diferenciando-se, pois para Schmitt inimigo seria apenas o inimigo externo, o inimigo público, ao passo que para Jakobs inimigo seria aquele indivíduo que viola a ordem do Estado-Nação, podendo ser tanto o elemento interno como o externo.

Outra característica importante que unifica o pensamento dos autores é a origem jusfilosófica de seus pensamentos, pois ambos assumem que a sociedade seria fundada no contratualismo, especialmente de Hobbes e Rousseau.

Assim, propomos com fins de unificar as teorias acima apresentadas que o delinquente interno, no momento em que decide violar as regras, atentando contra a segurança da comunidade e do Estado e violando a vontade soberana, perderia sua natureza de cidadão tornando-se um inimigo externo, portanto público.

Analisando a concepção de igualdade em Schmitt, Vera Karam de Chueiri afirma que essa igualdade seria no sentido de pertencimento ao demos, vinculada a ideia de cidadania, como uma igualdade democrática⁵⁶. Nesse sentido podemos admitir que o inimigo é o desigual que está fora do demos porque foi excluído por não obedecer as regras. Também poderíamos admitir, apesar da negação textual de Schmitt, que o inimigo pode ser o inimigo interno que adquire o status de externo ao praticar determinadas condutas graves violadoras de ordem e infligidoras da paz social, autorizando contra ele práticas de exclusão e extermínio.

Assim, a base jusfilosófica utilizada tanto por Schmitt quanto por Jakobs permite relacionar o conceito de inimigo de ambos, bem como o conceito de política e exceção, uma vez que elas coincidem em certos aspectos, ainda que para Schmitt o inimigo deva ser tratado como criminoso e para Jakobs o criminoso deva ser tratado como inimigo. Ocorre que de fato ainda que a proposição seja invertida, ao inimigo para ambos não cabe o Estado de Direito,

55 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. p. 41.

56 CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). p. 363.

mas o estado de exceção, como decorrente do estado de guerra, devendo estes serem neutralizados ou eliminados da convivência social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita essa explanação, podemos concluir que dentro do Estado de Direito, constitucional, existe também autorizado como prática o estado de exceção. Apensar de o estado de exceção ser conhecido pela negação do direito, existe uma prática que o fundamenta, estabelecendo essa prática uma “regra” de tratamento que é da aplicação do Direito Penal do inimigo àqueles declarados inimigos pelo soberano.

O conceito de inimigo fora inicialmente formulado, como exposto em todo o trabalho, por Carl Schmitt – jurista alemão do Nazismo – conceito este que estaria diretamente ligado ao político, este reconhecidamente compreendido com a competência de dizer, declarar o inimigo. O conceito de inimigo fora posteriormente aproveitado por outras teorias e também expandido durante a formulação do conceito de estado de exceção em Agamben e no Direito Penal do inimigo de Jakobs frise-se, ainda que este último negue tal influência.

O Direito Penal do inimigo apesar de levar em seu título a palavra direito, na verdade é um não direito, ou uma negação de direitos, uma vez que não está baseado em regras legais e nega aos inimigos as conquistas democráticas do Estado de Direito. Ele se funda na necessidade/razão de proteção do Estado contra aqueles que praticam condutas atentatórias. Assim, o direito penal do inimigo não é propriamente um direito pois está na zona de indecidibilidade, uma vez que é determinado pelo político, ou seja, decorre do próprio decisionismo estatal.

Essa prática funda-se na política, definida pela relação do amigo-inimigo, sendo essa decisão encontrada no exercício do monopólio do poder soberano do estado, ou seja, a razão do estado sobrepõe-se à razão jurídica, dando abertura à manifestação do estado de exceção, este entendido como prática necessária do antiterrorismo, antimáfia, antiorganizações criminosas etc.

Portanto, tanto para Schmitt quanto para Jakobs, caberia à discricionariedade do soberano declarar seu inimigo, sendo este ato baseado exclusivamente nessa vontade soberana, ou seja, diversa de qualquer ordenamento jurídico regulador da ordem e defensor do bem do Estado.

Justifica-se assim politicamente a ruptura com o estado de direito e sua própria defesa pela repressão penal da exceção. Segundo Luigi Ferrajouli o estado de exceção torna-se o “princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política.”⁵⁷, ou seja, a salvaguarda do bem do Estado é o único fundamento legitimador da repressão penal que tanto mais política ou socialmente grave e alarmante, mais excepcional em relação à norma.

Dito de outra forma “O estado de direito é defendido mediante sua negação”⁵⁸ e essa é a fórmula conhecida do estado de exceção, declara-se a exceção com o fim de preservar a própria ordem jurídica que voltaria a valer diante do restabelecimento da ordem social.

Porém é relevante destacar a crítica que Jakobs faz à mera formalidade da expressão Estado de Direito. O autor aduz que dificilmente o Estado de Direito se aplica na práxis e, sendo assim, na medida em que não se estabelece na realidade, de “tudo” se torna “nada”⁵⁹. Afirma, ainda, que o Estado de Direito encobre medidas de exceção quando é imperfeito, relativizando o limite entre a regra e a exceção⁶⁰.

De sorte que sempre haverá a eleição de um inimigo público contra o qual será instaurada uma prática de exceção, uma vez que como Schmitt já admitia, é irrevogável da natureza humana a necessidade de estabelecer-se através do conflito, definindo-se pelo conflito.

Triste é perceber que a prática do estado de exceção e do Direito Penal do inimigo veem apoiadas no consenso da maioria dos partidos e da opinião pública, autorizando contra um semelhante práticas de exclusão e eliminação física, sendo esse fenômeno hoje comparado ao Nazismo.

Se a política é a continuação da guerra por outros meios e se é da natureza humana fazer a guerra e eleger seus inimigos, hoje com a política do estado (neo)liberal tem-se a exclusão de muitos que se localizam fora da ordem de consumo, que somente conseguem se estabelecer no mercado informal e ilícito pois essa política neoliberal está fundada no individualismo e na supremacia do econômico.

Portanto, em sendo estes os estandartes do Estado atual autorizam-se em sua defesa a exclusão do dissidente, retornando ao conceito de igualdade socio-antropológico de crime, ou

57 FERRAJOULI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 747.

58 *Ibid*, p. 753.

59 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. p. 45.

60 *Ibid*, p. 49.

seja, inimigo é aquele que não se encaixa nas características de homem, racional, branco (substituindo a expressão europeu) e proprietário.

Vê-se, portanto a efetiva criminalização e expulsão da pobreza, contingente incapaz de alimentar a máquina do liberalismo, do que podemos neste ponto aproveitar à crítica schmittiana.

Segundo Schmitt, o liberalismo autorizaria a realização da vontade daqueles poucos que estão no poder e nunca a realização do interesse geral como resultado do livre jogo dos interesses privados, bem como de que é uma falácia acreditar que um consenso racional universal pode resultar da livre discussão⁶¹.

Schmitt também acusa o liberalismo de esvaziar a política, neutralizando a figura do inimigo e reduzindo-o à perspectiva econômica⁶². Ainda a política neoliberal mantém essa posição, pois elege seus inimigos com a justificativa de salvaguardar o estado e seu soberano, este último representado pela hegemonia econômica, por tanto a formulação de Carl Schmitt ainda é e sempre foi atual.

Quanto ao Direito Penal do inimigo cabe a nós criticá-lo para reduzi-lo enquanto prática, pois não se deve admitir que se trate o ser humano como um animal irracional, bem como não se pode admitir o expansionismo penal legitimado e fomentado por essa política neoliberal, estabelecendo um espaço vazio de guerra dentro de um Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASMANN, Silvino. **A diferença da biopolítica em Foucault e Agamben**. Curitiba, UFPR, palestra ministrada no Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR. 06/06/2011.

ARROSI, João Paulo. **Direito penal do inimigo: uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben**. 2010. 150f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/22970>>. Acesso em: 23 mar 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

61 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. p. 48; e MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 149.

62 SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. p. 54.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica *in* COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito: história, teoria**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 95/198.

_____. O Criminoso como inimigo: imagens da justiça e dispositivos de exclusão entre o medievo e modernidade. In: **ANAIS dos Encontros de História do Direito da UFSC**. 2010. Disponível em: www.iuscomune.ufsc.br/congresso2010/corpo_ANAIS.pdf. Acesso em 06/08/2011.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). *In* FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 347-377.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Bernardo. **O Risco do Político – Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMÉZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto – Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. México: Centro de Estudios de Política Comparada, 1998.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. KOZICKI, Katya. A exceção na teoria geral do direito. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 8, n.1, p. 35-48. Jan/jun. 2008.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em:
<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso: 24/03/2012.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político.** Trad. Alvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

_____. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. Trad. Gabriel Cohn. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política.** 1997, nº 42, p. 99-117.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política – Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”.** 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.