

**É O DIREITO PENAL DO INIMIGO UM INIMIGO DO DIREITO?**

**IS CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AN ENEMY OF THE LAW?**

*Artigo de* **João Luiz Rocha do Nascimento** para submissão ao **XXIII CONPEDI.**

### **No caminho com Maiakóvski**

"[...]"

*Na primeira noite eles se aproximam  
e roubam uma flor  
do nosso jardim.  
E não dizemos nada.*

*Na segunda noite, já não se escondem;  
pisam as flores,  
matam nosso cão,  
e não dizemos nada.*

*Até que um dia,  
o mais frágil deles  
entra sozinho em nossa casa,  
rouba-nos a luz, e,  
conhecendo nosso medo,  
arranca-nos a voz da garganta.  
E já não podemos dizer nada.*

"[...]"

**Eduardo Alves da Costa**

## RESUMO

O presente artigo, partindo da premissa de que o *inimigo* para o direito punitivo é uma ideia antiga e que, não obstante as lições extraídas com o segundo pós-guerra, quase sempre se revitaliza, objetiva demonstrar que o Direito Penal do Inimigo, da forma como se encontra configurado, se constitui na própria negação do direito, pois, à medida que seus pressupostos teóricos se sustentam na divisão do ser humano em duas categorias distintas: cidadão e inimigo, ao privar este último da condição de pessoa e, por consequência, de qualquer direito, revela-se incompatível com o Estado Democrático de Direito, razão pela qual não há como se sustentar sua legitimidade.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Cidadão. Inimigo. Negação de direito. Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

This article, based on the premise that the *enemy* to the punitive law is an old idea and, despite the lessons learned from the second post-war revitalizes almost always, it aims to demonstrate that the Criminal Law of the Enemy, the way as it is set, it is the own negation of the law, since, as their theoretical presupposes are underpinned by the division of human beings into two distinct categories: citizen and enemy, depriving the latter of its human condition, and consequently, depriving of any law, reveals itself incompatible with the Democratic State of Law, reason that cannot sustain their legitimacy.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Citizen. Enemy. Denial of the right. Incompatibility with Democratic State of Law.

## INTRODUÇÃO

“*Journeé sera rude*” (o dia será difícil). Consta que essas foram umas das últimas palavras proferidas por Robert-François Damiens<sup>1</sup> antes de ser executado mediante tortura e esquartejamento em praça pública. Naquela altura, e desde que fora preso, já era um ser humano despersonalizado. Numa palavra: não era uma pessoa.

De que a expressão *pessoa* se constitui em umas das mais importantes categorias jurídicas da Teoria do Direito, disso ninguém tem dúvida. Dentre os seus diferentes significados, na perspectiva jurídica, pessoa (natural, no caso), para distinguir da jurídica, que é ficcional, é todo ser humano como sujeito titular de direitos e obrigações.

Contemporaneamente, pelo menos sob o aspecto civil, na ordem jurídica brasileira ou na alienígena, todo homem, como integrante do gênero humano, é sujeito de direitos e obrigações. Não se ignora, contudo, que no distante direito romano, até mesmo no plano das relações privadas o homem somente ascendia à condição de sujeito de direitos se fosse livre, cidadão romano e independente da família. Nesse cenário, o escravo, restrito a esse exemplo, era considerado uma *não-pessoa*, pois não possuía direitos, tão somente obrigações.

No geral, são tempos distantes, felizmente. Diz-se no geral porque, pontual e particularmente, esse mesmo tempo se projeta como se operasse um fenômeno de repristinação, do passado distante para os dias atuais. Um trabalhador rural resgatado de uma fazenda no interior do Estado do Pará por ter sido encontrado trabalhando em condições análogas à de escravo e mantido em cárcere privado não é exatamente o que se pode chamar de *pessoa*. E se isso ainda é comum em pleno século XXI, que dizer então das ocorrências no Medieval ou nos albores da Idade Moderna? Talvez seja por isso que não causa tanta surpresa a defesa da ideia e a existência de uma doutrina, em matéria de direito penal, denominada direito penal do inimigo, por força da qual um ser humano que tenha tentado, praticado ou pelo menos criado uma expectativa de cometer um delito (um ato preparatório, por exemplo) deva ser recepcionado pela ordem jurídica como se de pessoa não se tratasse, não obstante

---

<sup>1</sup> Robert-François Damiens foi um camponês francês acusado de ter atentado contra a vida do rei Luís XV. Definiu-se como parricídio (Luís XV era considerado o pai dos franceses), um crime que em verdade tratou-se apenas de uma tentativa. Era 1757 e estava-se em plena era do Estado Absoluto. Damiens foi sentenciado à morte por esquartejamento por cavalos, aos quais amarraram, em praça pública, seus membros inferiores e posteriores. Após horas de tortura, e mesmo com o reforço de mais dois cavalos, que se somaram aos quatro já existentes, o esquartejamento somente se concluiu com a ajuda do verdugo que, com um machado, separou o tronco dos membros e o atirou ao fogo, ainda com sinal de vida, para o delírio da multidão. A História registra que essa foi a última execução pública em França. Note-se que, nesse período, o corpo e o suplício a ele infligido, era o principal objeto da repressão penal (ver detalhes do episódio em Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão, 27ª edição, Petrópolis, Vozes, 1999).

ostente a condição de ser humano. Dentre tantos registros históricos<sup>2</sup>, pode-se dizer que o tratamento dispensado ao camponês Robert-François Damiens é um exemplo típico de como se pode arrancar de um ser humano a condição de pessoa, para os fins do direito.

Veja-se, porém, que o episódio *Damiens* ocorreu no esplendor do Estado Absolutista, com o qual se confundia a figura do rei. Estabelecida essa premissa, cumpre então indagar: é admissível, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, a permanência de regras e ideias típicas de um Estado de Exceção em nome do qual um ser humano pode ser privado da condição de pessoa e, por consequência, de qualquer direito? Dizendo de outro modo: é possível, no Estado de Direito, negar-se o *direito* de ter direitos a um determinado indivíduo que integra o gênero humano? Seria possível o retorno de um espetáculo, como um esquete público, com o manifesto objetivo de intimidar? Ou, por outra, e aqui reside o objetivo central do presente trabalho, pode o Direito, sobretudo o punitivo, em pleno paradigma do Estado de Direito, trabalhar com categorias como “não-pessoa” ou “não sujeito de direito”, que caracterizam uma despersonalização total?

No caso específico do denominado Direito Penal do inimigo, ao admitir um ser humano (epitetado como *inimigo*) como uma não-pessoa, não estaria esse ramo do direito sendo inimigo do próprio direito? Não estaria ele, agindo de forma autofágica, prestando um desserviço ao direito a ponto de representar a sua própria morte, configurando-se como uma espécie de não direito, um verdadeiro antípoda? São essas as indagações que se pretende, ao longo deste estudo, responder.

---

<sup>2</sup> Com efeito, e sem a preocupação de exaurir a matéria, pode-se dizer que como o judeu, para o regime nazista, o terrorista, como se verá mais detalhadamente e o camponês do conto *Diante da Lei*, de Franz Kafka, constituem alguns exemplos paradigmáticos. De fato, como é do conhecimento de todos, por força da intolerância nazista, baseada numa pretensa superioridade racial, pregou-se que todo ser humano que não fosse ariano ou de raça pura, como ciganos, negros, comunistas e, principalmente, judeus, foram declarados inimigos da Alemanha e, por isso, não tinham o *status* de pessoa, não eram titulares de direito.

# 1. AFINAL, O QUE É O DIREITO PENAL DO INIMIGO?

## 1.1. A ORIGEM

Trata-se disso, a toda evidência, de um fenômeno antigo. Os precedentes históricos mais remotos podem ser encontrados na História Antiga, mais precisamente em Roma, um dos maiores impérios que a humanidade conheceu e que se expandiu, sobretudo, com a conquista, pela espada, de outros povos. É no império romano que se acham as raízes mais distantes do significado da expressão *inimigo*, o que serviu de base para a construção e sistematização, séculos depois, de uma teoria, no direito, denominada Direito Penal do inimigo. O outro, o estranho, o estrangeiro, o subjugado, o reduzido à condição de escravo são os primeiros seres humanos privados da condição de pessoa, com o beneplácito do próprio direito (romano, no caso).

No Medievo, os tribunais da Inquisição, responsáveis por espalhar o reinado do medo, viam nos seres humanos, a quem chamavam de hereges, não somente um inimigo, mas o próprio demônio, sem dizer da agravante de que tudo era praticado em nome de Deus. No início da Idade Moderna, com o Estado Absoluto, ao monarca foi conferido o direito de vida e de morte sobre os inimigos, a quem escolhia, não havendo exemplo mais paradigmático de negação total de condição de pessoa do que o episódio da prisão, condenação e execução em praça pública de Robert-François Damiens.

Nem mesmo as conquistas representadas pelas revoluções liberais do século XVIII foram capazes de varrer da história o conceito e a ideia de inimigo como sujeito desprovido de qualquer direito. Na primeira metade do século XX surgiu, com o apoio do direito, o inimigo da vez, o judeu, fruto da intolerância e da irracionalidade do regime nazista.

As lições do pós-guerra, sobretudo com a aproximação da moral ao direito, representaram uma esperança de que, a partir de então, um ser humano não seria mais exterminado pelo igual e jamais seria abandonado pelo direito que o próprio semelhante, sendo igualmente humano, criou. Não foi bem o que se seguiu. O regime comunista logo mostrou a sua verdadeira face e, em nome da segurança do Estado, os próprios nacionais receberam tratamento de inimigos que, nessas condições, viram-se destituídos do *status* de pessoa e condenados ao desterro em próprio solo pátrio, sem dizer que, em maior ou menor escala, sofreram as mesmas práticas odiosas dos nazistas.

Com a queda do muro de Berlim, quedaram-se também o regime soviético e seus satélites e hoje, à exceção de alguns casos isolados, a história da humanidade experimenta

uma expansão da democracia no mundo, fenômeno que parece fazer crer em regimes totalitaristas como coisas do passado. Trata-se, contudo, de uma realidade aparente, dado que mesmo nos regimes democráticos, fundados num Estado de Direito, a doutrina jurídico-penal do inimigo continua presente, sendo objeto, inclusive, de sofisticada sistematização, como se demonstrará adiante.

## 1.2. A REVITALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONSEQUÊNCIA DO 11 DE SETEMBRO

É de notório conhecimento o fato de que Günter Jakobs formulou e sistematizou a teoria do direito penal do inimigo em 1985. Outro fato indiscutível é que o tema voltou à baila, devidamente revitalizado, com o ataque terrorista às torres gêmeas, nos EUA, em 11 de setembro de 2011.

Com efeito, após esse sombrio onze de setembro, uma espécie de ruptura paradigmática se deu no direito penal e processual estadunidense, tornando a legislação mais dura, em nome do combate ao terrorismo, no que representou (e representa) a adoção da doutrina do direito penal do inimigo em um país que se arvora o defensor perpétuo da liberdade e dos direitos humanos. De fato, a partir da aprovação pelo Senado americano da política de combate ao terrorismo do governo de George Bush, a legislação penal passou a permitir a prática de prisões de pessoas pelo simples fato de pertencerem a determinadas etnias (mulçumanas, principalmente), a violação de direitos fundamentais, especialmente os direitos civis básicos, como o habeas corpus.

Prisioneiros tidos como inimigos são mantidos indefinidamente detidos e incomunicáveis, sem direito a processo, a julgamento justo, sem nem uma acusação sequer. Não são prisioneiros comuns ou de guerra, simplesmente estão e continuam sendo mantidos como detidos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Essa é a situação, por exemplo, da maioria dos prisioneiros da base naval de Guantánamo, em Cuba. Destaque-se que o à época secretário de Defesa Donald Rumsfeld admitiu expressamente que eles poderiam ser mantidos indefinidamente sem julgamento, não se lhes aplicando as Convenções de Genebra sobre o direito de guerra, já que destituídos do *status* de prisioneiros de guerra.

### 1.3. A FORMULAÇÃO E A SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO POR GÜNTHER JAKOBS OU DA DICOTOMIA DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONSEQUENTE DECOMPOSIÇÃO CIDADÃOS E INIMIGOS

Para o jurista alemão, o direito penal pode ver no autor de um delito um cidadão ou um inimigo (JAKOBS, 2012). Sem essa diferenciação, não haveria alternativa para o combate a determinadas formas de delinquência, sobretudo quando o alvo consistir no combate a organizações criminosas ou ao terrorismo. De acordo com Jakobs, que é um funcionalista, a função do Direito Penal não é preservar ou proteger os bens jurídicos, mas assegurar a vigência das normas jurídicas, ou seja, a manutenção do sistema social.

Nesse sentido, a conduta do agente se revela irrelevante. A norma segue incólume, continua em vigor, e a pena funciona como “negação da negação da vigência da norma” que, nesse caso, foi violada pelo delinquente. A imposição da pena é um recado de que a norma continua em rigor, que o contrato social deve continuar a existir, enfim, que as condutas das pessoas permanecem orientadas pela norma, que prevalecerá independentemente da visão de mundo do delinquente que, diante da lei, não se afirma (JAKOBS, 2012, p. 22).

É a partir dessas premissas que Jakobs sustenta que existem duas espécies de indivíduos, que devem ser diferenciados. Um é o cidadão; o outro é o inimigo. Por força disso, há também a necessidade de se reconhecer a existência de dois direitos distintos entre si ou, no mínimo, duas faces de um mesmo direito penal: um voltado para o cidadão e o outro, para o inimigo. Este, ao contrário do cidadão (que pode ser recuperado, pois não provoca um dano irreparável à norma porque pode reajustar sua conduta a ela) é aquele que se afasta definitivamente do ordenamento jurídico e não oferece qualquer garantia de que voltará a obedecer a norma ou a ela ajustará sua conduta. Por essa razão mesma, pratica uma espécie de autoexclusão e, em razão disso, não pode continuar sendo tratado como pessoa ou cidadão.

O Direito Penal teria assim dois pólos ou duas vertentes, em termos de regulação. Por um lado, quando o tratamento dispensado é o de cidadão, espera-se que o agente exteriorize sua conduta e somente depois o direito punitivo vai agir ou reagir para confirmar a estrutura normativa da sociedade. Por outro lado, em se tratando de inimigo, este é interceptado já no estado prévio, pois o que se combate não é exatamente a conduta, mas a periculosidade do agente (JAKOBS, 2012, p. 40-42). Este é o inimigo, para os fins dessa vertente do Direito Penal.

Paralelamente, essa mesma lógica é reproduzida na esfera do Direito Processual Penal. Noutro modo de dizer: haverá a mesma polarização (JAKOBS, 2007, p. 37-39). Nesse sentido, as garantias processuais clássicas relativizadas, o infrator ficar isolado, incomunicável, sem acusação definida, sem processo, sob o predomínio da prisão preventiva ou provisória, tudo voltado para a ideia de evitar riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas. Acrescente-se que, no entender de grande parte dos teóricos, existe inclusive uma situação ambígua: não se sabe se o prisioneiro é tratado como delinquente ou como prisioneiro de guerra<sup>4</sup>.

Segundo essa lógica, o Direito Penal do inimigo é regulado tendo como pressuposto a ideia de que a conduta não precisa ser necessariamente realizada no mundo dos fatos, bastando que seja planejada, isto é, o seu referencial não é o dano à vigência da norma, que teria sido violada, mas o fato futuro. É essa a regulação que Jakobs defende para o direito penal do inimigo. Para esse direito penal só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento de pessoa ajustada a uma ordem jurídica.

### 1.3.1. A FICÇÃO DE JAKOBS

Para sustentar a teoria, Jakobs lança mão de uma ficção. Para ele, a condição de *pessoa* não é um atributo natural do ser humano. Pessoa é apenas uma atribuição normativa. Dizendo de outro modo: pessoa não se confunde com o ser humano como existência. Nesse sentido, enquanto o ser humano é o resultado de processos naturais, *pessoa* seria apenas um produto do meio social. Nessa linha de raciocínio, o homem como ser humano não é sujeito do Direito Penal; apenas a pessoa ostenta essa condição. Disso decorre que o destinatário das normas do Direito Penal do inimigo é o ser humano ser existencial que, se apresentar perfil de inimigo, que é aquele que rompe com o contrato social, passa a ser uma não-pessoa.

### 1.3.2. OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS

As bases da ficção de Jakobs se assentam nos fundamentos dos filósofos Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Com base nesses filósofos, Jakobs sustenta que o *status* de cidadão pode deixar de existir, já que há diferença entre pessoa e indivíduo.

---

<sup>4</sup> No filme *Unthinkable* (Ameaça terrorista), produzido em 2010 e dirigido por George Jordan, essa peculiaridade fica bem clara.

Mas ele não é radical como Rousseau e Fichte. Estes, simplesmente, admitiam a exclusão do cidadão (deixa de ser membro do Estado a pessoa que infringe o contrato, como o delinquente). Rousseau defende, como punição do Estado, a morte do cidadão declarado culpado. Para Fichte, aquele que abandona o contrato perde os seus direitos como cidadão e como ser humano, o que resulta na morte civil. Jakobs sustenta que um ordenamento jurídico deve, em princípio, manter dentro do Direito também o criminoso, por duas razões: *a)* ele tem o direito de se ajustar à sociedade, mantendo assim seu *status* de pessoa e de cidadão; *b)* ele tem o dever de proceder à reparação dos prejuízos que seu ato causou e esse dever tem como pressuposto a existência de uma personalidade, sem a qual ato nenhum poderia ser praticado validamente.

Da leitura se percebe que Jakobs se aproxima mais de Hobbes, que entendia que o cidadão não podia eliminar, por si mesmo, sua condição ou *status* de cidadão, ou seja, não haveria o que se chama de autoexclusão. Ele mantém, em princípio, o delinquente na sua condição de cidadão. Há, contudo, uma exceção: no caso de alta traição. É que, para Hobbes, a natureza desse crime equivaleria a um retorno ao *estado de natureza* e, por isso, o autor não pode ser castigado como súdito, mas como inimigo.

Em síntese, para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, por isso mesmo, um inimigo. Para Hobbes, isso somente se configura quando se tratar de autor de crime de alta traição. Por sua vez, Kant<sup>5</sup>, numa atitude parecida, diz que se a pessoa se encontra mergulhada num mero estado de natureza, por já representar uma ameaça, qualquer um pode obrigá-la a fazer parte de um estado comunitário-legal (integre a constituição-civil) ou a abandonar a sua vizinhança. E se não participa da constituição civil, da vida em “estado comunitário”, deve se retirar, deve ser expelido, não pode ser tratado como pessoa, mas como inimigo. Para Kant, não há nem mesmo a necessidade da prática de um ato delituoso: a simples recusa, que já é uma ameaça, de entrar na sociedade civil já autoriza a expulsão.

De acordo com Jakobs, Hobbes e Kant já conheciam dois tipos de direito penal: o do cidadão (contra pessoas que não praticam delitos de forma habitual, mas ocasional) e o do inimigo (contra aquele que se desvia por princípio). Em situações que tais, o Direito Penal do inimigo exclui do delinquente o *status* de pessoa, enquanto o Direito Penal do cidadão, por sua vez, o mantém.

Como disse Hobbes, “o fim da obediência é a proteção” (HOBBS, 2001). É com base nessa assertiva que o Estado endurece com o inimigo, afinal os cidadãos têm direito de

---

<sup>5</sup> Kant, em *Paz Perpétua*, defende que toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra a entrar em uma constituição cidadã.

exigir do Estado segurança, com base na qual Hobbes fundamenta e limita o Estado. Em síntese, para Hobbes, o autor de crime de alta traição não é sujeito do direito penal do cidadão e, para Kant, também não o é aquele que permanentemente ameaça.

### 1.3.3. ZONA CINZENTA ENTRE DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ao postular que o Estado deve proceder de dois modos distintos, conforme esteja diante do cidadão ou do inimigo, Jakobs (2012, p. 40-42) sustenta que ambas as perspectivas têm seu lugar legítimo, mas admite que podem ser usadas de forma ou no lugar equivocado<sup>6</sup>. Em razão disso, defende a necessidade de que esses dois polos do direito penal geral (do cidadão e do inimigo) sejam bem definidos, para que o Direito Penal do cidadão não seja “contaminado” ou entrelaçado pelo Direito Penal do inimigo. É que, em isso ocorrendo, o risco maior seria o de se conferir tratamento de inimigo ao cidadão.

Para ele, a mistura dos dois direitos produz efeitos deletérios. Por isso mesmo, do ponto de vista prescritivo, defende a necessidade da separação entre ambos, enfatizando que

quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (JAKOBS, 2012, p. 40).

Defende então como errado demonizar aquilo que se tem chamado de Direito Penal do inimigo. Para ele, é melhor assumir a responsabilidade de defender a existência de um direito penal do inimigo com contornos bem definidos que assumir o risco de sobreposição, entrelaçamento e contaminação do direito penal do cidadão com elementos próprios de um direito penal do inimigo.

### 1.3.4. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

De acordo com Günther Jakobs (2012), são características do Direito Penal do inimigo: *a*) amplo adiantamento da punibilidade ou antecipação da intervenção penal ou da

---

<sup>6</sup> Jakobs aponta o caso da ameaça de morte ao chanceler alemão Bismarck como exemplo típico dessa contaminação: atos preparatórios foram, mediante lei, considerados crime e trazidos para dentro do Direito Penal do cidadão.

punibilidade<sup>7</sup>; *b*) agravamento das penas ou sua desproporcionalidade; *c*) restrição (e até supressão) de garantias penais e processuais.

Essas características, por sua vez, produzem reflexos diretos tanto no âmbito do direito material penal quanto do processual. No Penal, os reflexos seriam as seguintes medidas excepcionais: *a*) proliferação de crimes de risco sem vinculação lesiva; *b*) aumento de incriminação de atos preparatórios; *c*) agravamento das penas criminais, sem qualquer observância da proporcionalidade entre o ato e a lesão; *d*) crescimento do número de leis de combate ao crime organizado, ao terrorismo, às drogas, etc. No Processual Penal: *a*) restrição de garantias processuais; *b*) alargamento da pena de prisão preventiva; *c*) ampliação dos prazos das prisões policiais (provisórias) para investigação; *d*) previsão de crimes sem motivo; *e*) inversão do ônus da prova; *f*) agravamento dos métodos de investigação (invasão de privacidade, sigilo das cominações, etc.); *g*) normas de direito penitenciário que limitam a concessão de benefícios aos detentos e ampliação dos requisitos de livramento condicional.

#### 1.4. O OVO DA SERPENTE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A partir das características expostas, é possível afirmar que o Direito Penal do inimigo tem relação direta com o conhecido movimento da expansão do direito penal ou da evolução da política criminal. Não é então arriscado dizer que foi nesse *locus* privilegiado que o ovo da serpente do Direito Penal do inimigo começou a cozinhar.

Com efeito, para Manuel Cancio Meliá (2012, p. 75-78), o direito penal simbólico e o ressurgimento do punitivismo podem ser apontados como os dois grandes fenômenos da expansão do direito penal, entendendo-se por direito simbólico aquele que produz resultados imediatos a partir da criação, no imaginário popular, daquilo que o mestre espanhol, citando Silva Sánchez, chama de “impressão de um legislador atento e decidido”<sup>8</sup> (MELIÁ, 2012, p. 79). Ou se trata da busca da solução fácil em detrimento de um resultado instrumental, pois, como as medidas adotadas não são suficientes para o controle da criminalidade e da violência, o simbólico é que são apenas medidas que “parecem eficientes e que, por isso, tranquilizam a sociedade como um todo”. É algo feito “para inglês ver”, para dar satisfação à mídia, à

---

<sup>7</sup> No Direito Penal do Inimigo, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva, voltada para o futuro, pois tem como referência um fato ainda não ocorrido, diferentemente do que se dá em situações normais, nas quais a referência é o fato passado e a perspectiva é retrospectiva.

<sup>8</sup> Exemplo dessa produção de efeitos aparentes foi um recente pronunciamento da presidente da República Dilma Rousseff que, em rede nacional, defendeu a ideia da criação de uma lei enquadrando o crime de corrupção como hediondo.

opinião pública, à pressão popular, enfim, à voz barulhenta das ruas, tudo com o claro objetivo de criar uma ilusão de segurança e um sentimento de confiança no sistema penal.

E em que consiste o outro fenômeno, o do punitivismo, que segundo Meliá ressurge e se constitui, ao lado do *direito penal simbólico*, em uma das linhagens do Direito Penal do inimigo? É a crença ou ideia de que o incremento da pena é o único instrumento de controle da criminalidade. Fala-se em ressurgimento porque essa tendência é contrária à que prevaleceu nas décadas anteriores (80 e 90), caracterizada pela redução da intervenção penal, sobretudo, no caso brasileiro, com a reforma penal de 1984, em decorrência do que várias condutas típicas desapareceram. O Direito Penal do inimigo seria, assim, um descendente direto desses dois grandes fenômenos.

Produto da sociedade pós-industrial ou de risco, o Direito Penal do inimigo também é fruto da crise do Estado Social em matéria criminal. É um exemplo de direito penal simbólico que objetiva tranquilizar a sociedade em relação à macrocriminalidade própria da sociedade de risco (MELIÁ, 2012). Uma sociedade marcada pelo medo seria assim o *habitat* ou terreno fértil ao desenvolvimento de um direito penal simbólico. A par disso, o agravamento das penas, a criação de outros tipos penais e o desprezo por determinadas garantias processuais do direito penal clássico dão o tom do fenômeno denominado *ressurgimento do punitivismo*, prevalecendo uma política criminal do direito penal máximo de que o Direito Penal do inimigo, talvez o maior, é legítimo representante.

#### 1.5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA RELAÇÃO COM AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL: UMA LEITURA DE SILVA SÁNCHEZ

Diretamente relacionada com os movimentos ideológicos das políticas criminais (abolicionista, direito penal mínimo e direito penal máximo) e com a expansão do direito penal, a teoria das velocidades do direito penal foi desenvolvida por Jesús-Maria Silva Sánchez (2002). Também denominada de Direito Penal “da prisão”, a primeira velocidade é caracterizada por uma ordem jurídica penal na qual predominam as penas privativas de liberdade, mas com observância rígida, segundo Silva Sánchez (2002, p. 148), dos princípios político-criminais clássicos e das regras de imputação.

Por outro lado, caracterizada por uma ordem jurídica penal na qual as punições se aproximam mais das sanções administrativas, mediante a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direito, combinada com a flexibilização dos princípios e garantias processuais

penais clássicos eis o que se denominou como a segunda velocidade do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2002, p. 148).

Já a terceira velocidade surge da combinação da imposição de penas privativas de liberdade com a relativização dos princípios político-criminais e das regras de imputação com as chamadas garantias processuais clássicas, como presunção de inocência, ônus da prova ao acusador, ampla defesa etc (SÁNCHEZ, 2002, p. 148-151).

Para Silva Sánchez, essa velocidade já existe de forma plena no Direito Penal Socioeconômico. O que resta saber é se haveria um direito penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos restritas que as do Direito Penal da primeira velocidade. Essa indagação guardaria estreita relação com a ideia de “Direito Penal do inimigo”, difundida por Jakobs, que se contrapõe ao direito penal dos cidadãos.

Silva Sánchez admite que em casos de criminalidade de Estado, de terrorismo e crime organizado surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Nesse cenário, em que a conduta delitiva do agente não somente desestabiliza uma norma em concreto, mas também toda uma ordem jurídica, ele defende a possibilidade de se discutir “a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente com a da relativização das garantias substantivas e processuais”.

Adverte, contudo, que nesse caso “convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos ‘de emergência’, uma vez que expressão de uma espécie de ‘Direito de guerra’ com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação” (SÁNCHEZ, 2002, p. 149). Sustenta ainda Silva Sánchez (2002, p. 150) que a existência de um Direito Penal com essas características é real, razão pela qual a discussão se desloca para o exame da sua legitimidade, que somente seria reconhecida se baseada em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. Indaga ainda o autor, no aspecto conceitual, se nesse caso o Direito Penal do Inimigo persistiria como um “Direito” ou se, ao contrário, seria uma negação, um não-direito, “uma pura reação de defesa de fato perante sujeitos “excluídos. Para ele, tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para enfrentar fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e sem oferecer perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade”, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como um “mal menor” (SÁNCHEZ, 2002, p.151).

O problema, segundo Silva Sánchez, é a presença da síndrome denominada, por Moccia, de “perene emergência” que, sendo acolhida comodamente pelos Estados, é a tendência de tornar o emergencial como definitivo. Ou seja, as condições emergenciais, que pressupõem uma revisão permanente e que autorizaram a aplicação excepcional do direito penal de terceira velocidade, não são revistas, tornando-se uma tendência cada vez mais frequente que faz com que o Direito Penal de terceira velocidade cresça e se estabilize cada vez mais, de forma ilegítima, passando de emergencial a eterno<sup>9</sup>.

Trata-se de um risco real. E prova disso é a política penal norte-americana que, em nome da segurança, pratica uma guerra suja e torna legítimas práticas desumanas, cruéis e de terrorismo de Estado, cujo exemplo emblemático é a manutenção da prisão de Guantánamo, em território cubano. Em síntese, o Direito Penal do Inimigo, à luz da teorização de Sánchez, se enquadra na terceira velocidade do direito penal.

---

<sup>9</sup> Esse tema será retomado adiante, no capítulo 2, que tratará da incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

## **2. DA INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OU DA PERIGOSA APROXIMAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO (QUE JUSTIFICA O DIREITO PENAL DO INIMIGO) COM O ESTADO ABSOLUTO**

Segundo André Callegari (2010, p. 67), uma das principais críticas ao direito penal do inimigo prende-se ao fato de que “... em um Estado Democrático de Direito, constituído a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, não há falar em designar um indivíduo humano como não-pessoa”. Imaginar algo diferente seria o mesmo que esquecer os horrores da segunda guerra mundial, acrescente-se.

E aqui se pretende demonstrar que à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito não há como se conceber e legitimar o Direito Penal do inimigo, dada a sua manifesta incompatibilidade. Nesse sentido, recepcionar o Direito Penal do inimigo somente pode ser possível na vigência de um estado de exceção que também, ainda que fundado em argumentos de necessidade e provisoriedade, não se justifica, pois admitir semelhante hipótese é o mesmo que permitir uma perigosa aproximação do estado de exceção com o Estado Absoluto, que tanto se combateu a partir das revoluções liberais. Nessa linha de raciocínio, F. Raul Zaffaroni (2007, p. 11), para quem o conceito de inimigo nunca é compatível com um Estado de direito nem com os princípios do liberalismo político, destaca que

na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (*inimigos* da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito. Com isso, introduz-se uma contradição entre a doutrina jurídico-penal que admite o conceito de inimigo e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último.

Adiante, o jurista portenho diz que

nossa tese é que o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um Estado absoluto e que, conseqüentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 12).

Pelo exposto, imperiosa é a conclusão de que não há compatibilidade possível entre o Direito Penal do inimigo e o Estado Democrático de Direito. Essa convivência somente pode ocorrer em outro modelo estatal, que reclama um Estado Absoluto. Não obstante essa constatação, há quem sustente que o Direito Penal do inimigo pode legitimar-se como produto

do Estado de Exceção que, por sua vez, fundado em critérios de necessidade e provisoriedade, é admissível mesmo nas democracias constitucionais, ou seja, dentro do paradigma de um Estado de Direito.

O próprio Zaffaroni (2007, p. 145-146) parece pensar assim quando afirma que “o Estado de exceção está incorporado às Constituições democráticas com bastante cuidado e tem limites perfeitamente estabelecidos e seus controles também regulados”<sup>10</sup>. Segundo ele, não haveria razão para confundir-se o Estado *excepcional constitucional* com uma *guerra irregular ou permanente* que, não sendo uma *guerra* em sentido estrito, acaba por não ser objeto de observação pelas organizações e normas do direito internacional humanitário.

Não é, todavia, o que pensa Giorgio Agamben (2007), para quem o Estado de exceção se apresenta cada vez mais na condição de ordinário<sup>11</sup>. Nesse sentido, como alerta Agamben, o receio é o de que o estado de exceção possa se tornar cada vez mais regra e menos exceção, a ponto de se constituir em paradigma de governo nas democracias contemporâneas ocidentais. E isto pode representar uma perigosa aproximação entre estado de exceção e absolutismo. Essa espécie de zona cinzenta entre Estado de Exceção e Estado Absoluto é percebida por Agambem (2007, p. 13), quando diz que

[...] o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça a transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

Não se ignora que há toda uma teoria por trás da fundamentação do estado de exceção no sentido de se defender sua legitimidade. Uma das principais justificativas para defendê-la reside no fato de que os regimes democráticos são forjados para funcionar satisfatoriamente em situações normais, o que não ocorre em contextos de crise, como nos casos de grave ameaça à ordem pública, à paz social ou conflitos armados.

Cumprir registrar também que existe um histórico do estado de exceção, o qual pode manifestar-se através de vários paradigmas, destacando-se como o principal o estado de sítio,

---

<sup>10</sup> Na Constituição da República Federativa brasileira, o Estado de Exceção é regulado no Título V, sob o nome Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (artigos 136 a 141), admitindo duas modalidades, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. De acordo com o art. 141, uma vez cessado o estado de sítio ou de defesa, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

<sup>11</sup> Esse receio de que o emergencial possa tornar-se eterno é, como visto no subitem 1.5, compartilhado por Silva Sánchez.

cuja origem se deu na França, durante a revolução burguesa. A partir de então, o estado de exceção, nas suas diferentes modalidades, passou a ser presença constante nas constituições ocidentais, principalmente no período das duas grandes guerras mundiais. Em situações que tais, e dado o caráter excepcional, para que seja instaurado o estado de exceção é imprescindível que se faça a sua decretação, eis que isso implica o deslocamento de forças para o Poder Executivo, que se torna mais forte e adquire plenos poderes, com a redução e restrição dos direitos civis dos cidadãos aproximando-se daquilo que se conhece como Absolutismo.

Outro aspecto interessante diz respeito ao paradoxo que representa o estado de exceção. De fato, por implicar a adoção de medidas excepcionais que afetam diretamente (relativizando, restringindo ou suprimindo) as liberdades individuais, a situação paradoxal consiste no fato de que, como afirma Giorgio Agamben (2007, p. 12), o estado de exceção se apresenta como uma forma legal daquilo que não é legal. A excepcionalidade constitui-se um pressuposto necessário do estado de exceção, além da estrita necessidade, que o torne provisório e não permanente, devendo cessar tão logo cessem as causas que o provocaram.

Não é isso, contudo, que costuma acontecer. Exemplo histórico desse fato, destaca Agamben, é o decreto, promulgado por Hitler e nunca revogado, que, sob o pálio de proteger o povo e o Estado alemão, suspendeu as liberdades individuais asseguradas na Constituição de Weimar. Isso, contrariando a lógica da provisoriedade, fez com que o Terceiro Reich se constituísse num estado de exceção por longos doze anos.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanece (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) e tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2007, p. 13).

Em outro modo de dizer, o perigo consiste na possibilidade, cada vez mais real, da exceção tornar-se regra, e de medidas excepcionais, inicialmente previstas para ser temporárias, se converterem em permanentes, até mesmo em tempos de paz. Nesse sentido, para Agamben, os dois requisitos que fundamentam e sustentam o estado de exceção (absoluta necessidade e caráter temporário) não passam de uma falácia diante dos fatos, o que é expressamente admitido por alguns teóricos, a exemplo de Rossiter, citado por Agamben (2007, p. 21), que teria a consciência de que a ditadura constitucional (estado de exceção)

tornou-se, de fato, um paradigma de governo, e o que era exceção virou regra: “Na era atômica, em que o mundo agora entra, é provável que o uso dos poderes de emergência constitucional se torne a regra e não a exceção”.

Guardadas as devidas proporções, é o que ocorre atualmente com os EUA desde o fatídico 11 de setembro de 2001. Já se passaram longos 12 anos e, ao que parece, o estado de exceção norte-americano não tem prazo final de validade. Nessas alturas, pelo menos a teor do critério temporal, já se superou a provisoriedade permanente do regime nazista. Para Agamben,

“o significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na “military order”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autorizava a “indefinite detention” e o processo perante as “military commissions” (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito da guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas (AGAMBEN, 2007, p. 14).”

Ainda segundo Agamben, a novidade da “ordem” do presidente Bush reside no fato de que foi totalmente anulado todo o estatuto jurídico do indivíduo, o que possibilitou a origem de um ser sem denominação e sem classificação. Os prisioneiros de Guantánamo, por exemplo, capturados no Afeganistão, não gozam do estatuto de prisioneiros de guerra, nem são contemplados, pois, pela Convenção de Genebra. Tampouco gozam do *status* de acusados consoante as leis norte-americanas e, em verdade nada sendo, foram jogados no limbo.

Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle do judiciário (AGAMBEN, 2007, p. 14).

Para ele, essa situação jurídica apenas é comparável com a dos judeus durante o regime nazista, os quais, juntamente com a cidadania, perderam a identidade jurídica, mantendo-se tão somente a identidade de judeu. Ainda sobre o estado de exceção ianque, Agamben (2007, p. 38) anota que

É na perspectiva dessa reivindicação dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do presidente Bush de referir-se constantemente a si mesmo, após o 11 de setembro de 2001, como o *Commander in chief of the army*. Se, como vimos, tal título implica uma referência imediata ao estado de exceção, Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência torne-se a regra e em que a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível.

Outro grande perigo, lembrado por Agambem (2007, p. 20), reside no círculo vicioso representado pelo fato de que as medidas excepcionais que teoricamente justificam a defesa de uma constituição democrática podem vir a se tornar as mesmas que podem levá-la à ruína. Em poucas palavras: entendendo-se o Estado Democrático de Direito como o modelo estatal em que impera a força da lei e não a dos governantes, em que há um estatuto que consagra os direitos fundamentais do indivíduo como ser humano, sobretudo a igualdade entre os homens, e em que há uma divisão no exercício do Poder e o homem ocupa uma posição de centralidade, revela-se inconcebível a esse modelo conferir tratamento diferenciado a determinada parcela de indivíduos, privando-os de ser pessoa com todos os direitos e garantias que, indistintamente, devem assegurar-se a todos porque simplesmente ostentam a condição de seres humanos.

Assim, tratar um integrante do gênero humano com uma não-pessoa, privando-o de todo e qualquer direito, equivale a fazer tábula rasa do artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece que todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento como pessoa perante a lei, e a vilipendiar o princípio fundante da dignidade da pessoa humana, uma presença constante nas ordens constitucionais democráticas contemporâneas, cuja posição de centralidade só veio reconhecer-se a partir de conquistas históricas, da aproximação do direito com a moral e do resultado das lições aprendidas com os horrores da Segunda Guerra Mundial. Aliás, como apenas essa circunstância seria bastante para repudiar qualquer tipo de retrocesso, o Direito Penal do inimigo configura-se totalmente incompatível com as ordens democráticas próprias do paradigma do Estado de Direito.

## 2.1. OUTRAS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Quando se tratou, no subitem 1.3.1, da ficção de Jakobs, foi dito que na sua concepção o homem, como ser humano, não é sujeito de direitos, especialmente para o Direito Penal geral, e que esse papel é reservado somente a quem é detentor do *status* de pessoa. Enfim, é ao ser humano como ser existencial a quem se destinam as normas do Direito Penal do inimigo, desde que, obviamente, ele apresente o perfil de inimigo – aquele que rompeu com o contrato social e, assim, deixou de ser pessoa.

Segundo Callegari (2010, p. 66) é nesse aspecto que incide uma das maiores controvérsias em relação do discurso do Direito Penal do inimigo. É que essa concepção viola a dignidade humana, lembrando os regimes totalitários e apresenta algumas contradições, pois ainda que o Direito Penal do inimigo tenha como destinatários aqueles que abandonaram de

forma definitiva o direito, tendo na habitualidade delitiva e na reincidência uma das principais peculiaridades, o Direito “que deve ser infringido para que possa aparecer a figura do inimigo” é, segundo Callegari, “o Direito Penal do cidadão, e um direito só pode se infringido por quem seja efetivamente destinatário de suas normas; logo, pelo cidadão”. Enfim, as regras que irão dizer se o indivíduo cometeu ou não um crime serão as do Direito Penal do cidadão e quem é julgado por ele não perde essa condição (CALLEGARI, 2010, p. 66).

Citando Zafforani, Callegari (2010, p. 68) aponta mais uma crítica ao Direito Penal do inimigo, relacionada com a temeridade de possibilitar uma formulação teórica baseada no poder de um governante dizer quem é e quem não é inimigo apenas por uma decisão política, o que também não condiz com o paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>. Nesse sentido, a ilegitimidade do Direito Penal do inimigo remonta à sua origem, na medida em que viola a dignidade humana, que não é produto de uma construção normativa, mas parte da essência do ser humano.

Aponte, também citado por Callegari (2010, p. 68), diz que ao invés de castigar de forma mais rigorosa os indivíduos que, teoricamente, não oferecem garantias ou certezas cognitivas de se comportarem de acordo com a norma, deve ser indagado antes de tudo se o Estado se encontra em condições de oferecer efetivamente a qualquer pessoa a oportunidade de socialização em função do Direito. Callegari (2010, p. 69) sustenta que o Direito Penal do inimigo, ao contrário do Direito Penal do cidadão (que se ocupa do fato) se configura como um direito penal do autor, uma vez que se volta não para a proteção dos bens jurídicos (vida, patrimônio, integridade física das pessoas), mas para a persecução penal de determinados indivíduos, tidos como inimigos em função de sua condição pessoal, o que é um retrocesso inadmissível.

## 2.2. QUEM É O INIMIGO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO?

Essa pergunta encerra um dos grandes dilemas ainda não resolvidos e que se constitui uma das críticas mais acirradas à proposta de Direito Penal do inimigo concebida por Jakobs.

Num conflito bélico entre nações, os combatentes são considerados inimigos entre si. Mas, mesmo no cenário de guerra onde, pelo direito de guerra, o inimigo está autorizado a matar o oponente, ainda assim desse inimigo de guerra não lhe é retirada a condição de pessoa. Existem, no direito internacional, normas que disciplinam uma guerra, em especial se

---

<sup>12</sup> Esse assunto será retomado adiante, no subitem 2.2, *Quem é o inimigo do Direito Penal do Inimigo*.

o inimigo cair prisioneiro, como as convenções de Genebra. Ou seja, mesmo na guerra, o inimigo não é privado de sua condição de pessoa.

O inimigo, para o Direito Penal do inimigo, não tem esse tratamento, como demonstrado no item 2, quando se referenciaram prisioneiros da base norte-americana de Guantánamo. Mas quem é exatamente esse inimigo ou, em outras palavras: quem é a pessoa que deve ser tratada como inimigo e não-pessoa?

Para Jakobs (2012, p.43), só é pessoa e cidadão quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. Por outro lado, “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (JAKOBS, 2010, p. 40). Em outras palavras, o inimigo, para o jurista alemão, é o indivíduo que, de algum modo, abandonou o direito e, por essa razão, não garante o mínimo de segurança cognitiva sobre sua conduta pessoal. E, se não se comporta como pessoa (à luz da ficção por ele criada) como pessoa não deve ser tratado, mas como inimigo.

Ocorre que, como alerta Pilati (2009, p. 38), além de a categoria de inimigos nem sempre ser facilmente identificável, “a tentativa de sua individualização acaba atingindo todos os indivíduos”. Acrescenta o autor que, no caso de uma investigação nas comunicações privadas para identificar o inimigo, corre-se o risco de invadir a intimidade de todos, o que significa dizer que o tratamento diferenciado “implica a lesão de direitos e garantias de todos, remetendo muito mais ao Estado Absoluto que ao Estado de Direito”.

Quem cabe no conceito de inimigo para o Direito Penal do inimigo no sentido de individualizá-lo e identificá-lo numa sociedade de risco, em que o medo e a insegurança são vendidos e propalados diariamente, sobretudo pelos meios de comunicação de massa? Hoje é possível afirmar-se, com certa margem de segurança, que se enquadram no perfil do inimigo o terrorista, os integrantes do crime organizado, os traficantes de drogas e os criminosos sexuais. Mas trata-se de um perfil elástico, que pode ser distendido, sobretudo quando se leva em conta o tempo futuro. Nesse cenário, de acordo com o pastor Marcos Feliciano, que propõe a “cura gay”, o homossexual pode enquadrar-se, futuramente, no perfil de inimigo, já que esse deputado propõe, pura e simplesmente, a extinção dessa minoria. A propósito Zaffaroni pontua que

como ninguém pode prever exatamente o que qualquer um de nós fará no futuro – nem sequer nós mesmos –, a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem tem o poder de decisão deixe de

considerá-lo *inimigo*. Assim, o *grau de periculosidade* do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizador (ZAFFARONI, 2007, p. 162).

Dizendo de outro modo, e isso não pode ser ignorado, sob pena de se pagar um preço alto, não há como se limitar o conceito de inimigo para fins de identificação e de individualização de quem deva assim ser tratado. Isso vai depender do governante de plantão, quem sabe do seu humor ou da metabolização do café da manhã que tomou. É ele quem vai apontar aquele que se afastou de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que pode ajustar-se à norma. A questão é, portanto, muito subjetiva e, nesse cenário, o ovo da serpente vai sendo cozinhado.

À toda evidência, trata-se o inimigo de um conceito indeterminado, o que favorece todo tipo de subjetividade, em termos de definição. E a história da humanidade está repleta de exemplos de individualizações e “escolhas” do inimigo que resultaram em massacres de populações e etnias. Como diz Callegari (2012, p. 47), não é nenhuma novidade o etiquetamento de inimigo ao longo da História, e, via de regra, a solução apresentada coincide com a atual política criminal: desenvolve-se um direito paralelo voltado a punir (excluir) determinados autores.

Partindo da afirmação de Cancio Meliá de que o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor, Callegari (2012, p. 48) diz que, desde a sua origem, esse Direito se direcionou à identificação de um determinado grupo de sujeitos (os inimigos), desprezando o fato em si. Acrescenta ainda que foi “a partir do evento terrorista lembrado como 11 de setembro de 2001 que o Ocidente retomou a tarefa de identificar os terroristas de modo preventivo”. Lembra, por outro lado, que essa busca por identificar e rotular o inimigo tem raízes antigas, sendo que atualmente, se há um indivíduo que se ajusta a tal conceito, este é o terrorista.

Em síntese, os inimigos da vez, hoje, são o terrorista, o criminoso sexual e o membro de uma organização criminosa. Amanhã poderá ser o seu vizinho; depois de amanhã, quem sabe, você mesmo. E aí, tal como no poema *No caminho com Maiakóvski*, de Eduardo Alves Costa, não se poderá fazer ou dizer mais nada.

### 2.3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO É INIMIGO DO DIREITO?

De volta à indagação inicial. É o Direito Penal do inimigo um inimigo do Direito?

O simples fato de se constatar que o Direito Penal do inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito já se constitui um fundamento suficiente para dizer que não há como concordar com a sua suposta legitimidade. É que não é o Direito Penal do inimigo um direito. É a sua negação.

Se, porém, Callegari (2010, p. 67) objeta a possibilidade de legitimação, em pleno Estado Democrático de Direito, de um Direito Penal do inimigo, fundado somente na coação e na força como complementação do Direito Penal do cidadão, Jakobs responde que o Direito Penal do inimigo “não legitima atuações espontâneas e impulsivas, mas sim situações regradas, ou seja, o Direito Penal do inimigo poderia sim ser considerado como Direito, eis que suas regras também se prestariam a impor certos limites ao exercício do poder e da coação estatais”. De sua parte, Cancio Meliá (2012, p. 74 e 89) diz que “o conceito de Direito Penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal” e que não é direito e só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real. Nesse sentido, todo Direito Penal é direito do cidadão, o que faz com que a extensão criada por Jakobs não passe de um pleonasma, sendo, por via de consequência, o Direito Penal do inimigo uma contradição em seus próprios termos. Por sua vez, Cabette e Loberto (2008) afirmam que “são muitos os esforços que têm sido feitos para deixar claro que um ‘Direito’ que despersionaliza o ser humano, privando-o dos direitos que lhe são intrínsecos, não é um Direito e nem sequer pode ser aceito por este”.

Não há, portanto, que se falar em Estado de Direito e, por extensão, em Direito Penal do inimigo, quando, ao argumento de necessidade e provisoriedade, se delega nas mãos de um soberano o poder de, por uma decisão política e pessoal contra a qual se veda qualquer resistência, etiquetar alguém como inimigo. Trata-se, em verdade, como afirma Zaffaroni (2007, p. 164), da própria negação do Estado de direito que, se não há, disso resulta que não há que se falar em Direito, dado que também são violentados os estatutos jurídicos do homem duramente conquistados.

O Direito Penal do inimigo, sendo um subproduto do Estado de Exceção permanente, é o antípoda do Estado de Direito, e não passa de um inimigo do Direito, na medida em que significa a negação do próprio Direito Penal e do garantismo também duramente conquistado. Nesse sentido, o Direito Penal do inimigo é, sem dúvida, um inimigo do próprio direito. Ou, para finalizar, com as palavras de Zaffaroni (2007, p. 192):

[...] o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos *cidadãos* podem ser diminuídos para individualizar os *inimigos*, ou seja, passa-se a se discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. [...] Caso se legitime essa

ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é possível fazer algumas sínteses.

A ideia de inimigo para o direito punitivo é antiga e seus primeiros esboços foram tracejados no antigo Império romano. A concepção, apoiada em fundamentos filosóficos de que o inimigo não pode ser tratado como pessoa e, por consequência, não é sujeito de direitos, atravessou o Medievo e bateu às portas da Idade Moderna.

O Estado Absoluto foi prene em produzir inimigos, cujo freio somente se deu com as revoluções liberais. No início do século XX, contudo, todas as democracias, sobretudo as europeias, desmoronaram, dando origem a regimes totalitários, que trouxeram consigo o medo, o horror e um novo inimigo: o judeu.

Como o pós-guerra legou à humanidade importantes lições, imaginou-se que a partir de então nenhum semelhante seria mais tratado como inimigo. Mas a realidade, sobretudo após o fatídico 11 de setembro, contrariou as expectativas. Hoje, mesmo vivendo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, bandeiras de combate ao inimigo são empunhadas, não mais em nome de Deus, mas de um Estado de Exceção justificador e justificado por razões de necessidade, provisoriedade e de duro e efetivo combate (exterminação, para ser mais preciso) ao inimigo. Foi nesse cenário que foi gestado o ovo da serpente de um Direito Penal do inimigo revitalizado.

Toda opção, contudo, gera suas dificuldades. Uma delas é estabelecer os limites da doutrina do Direito Penal do inimigo, pois definir quem é o inimigo e como se deve combatê-lo pode depender do bom ou mau café da manhã do governante de plantão ou do humor do mercado.

Tudo indica que de nada adianta dizer que o Direito Penal do inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito e que a defesa da necessidade do estado de exceção pode representar uma perigosa aproximação com o estado absoluto do *ancien régime*, eliminando-se por completo a zona cinzenta entre democracia e autoritarismo. Nesse cenário, se hoje os inimigos da vez são o terrorista, o criminoso sexual, o membro de organização criminosa, amanhã poderá ser o seu vizinho e, depois de amanhã, quem sabe, poderá ser você mesmo. E acontecendo isso, tal como no poema *No caminho com Maiakóvski*, de Eduardo Alves Costa, que abre este estudo, não se poderá fazer ou dizer mais nada. Ou, como afirma Martin Niemöller, no poema *E não sobrou ninguém* (segundo consta, uma releitura do poema *Primeiro levaram os negros*, de Bertold Brecht):

Primeiro levaram os judeus, e eu não protestei porque não sou judeu. Depois levaram os comunistas, e eu não protestei porque não sou comunista. Então levaram os sindicalistas, e eu não protestei porque não sou sindicalista. Então me levaram, e já não havia ninguém para protestar por mim.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. *O direito penal do inimigo de Günther Jakobs*. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11142>. Acesso em: 25.01.2014.
- CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de exceção*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, nº 9*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2012.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão, 27ª Ed*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HOBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günter *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PILATI, Rachel Cardoso. *Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs*. In: *Revista Jurídica – CCJ/FURB*, v. 13, nº 25, p. 23-44, jan./jul. 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.