

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

MARLON EDUARDO BARRETO

DIREITO PENAL DO INIMIGO:
Um retorno a Carl Schmitt?

BRASÍLIA
2010

MARLON EDUARDO BARRETO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
Um retorno a Carl Schmitt?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Prof.

**BRASÍLIA
2010**

MARLON EDUARDO BARRETO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
Um retorno a Carl Schmitt?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Dedico este trabalho ao meu Deus em primeiro lugar. Dedico em seguida aos meus pais, Misael e Edméia, pelo apoio fundamental sem o qual eu não seria nada. Não poderia deixar de dedicar a minha esposa Patrícia e minha filha Ana Luísa que sempre me incentivaram nos estudos jurídicos e compreenderam as intermináveis ausências.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares que sempre me incentivaram e apoiaram a minha jornada acadêmica.

Agradeço aos grandes amigos que contribuíram para a conquista desta importante etapa da vida.

Agradeço especialmente ao Prof. Ney Moura Teles, meu primeiro incentivador no estudo do Direito Penal, pelo apoio e encorajamento no início de uma atribulada jornada para a graduação em direito.

Por um lado, ter um inimigo é muito ruim. Perturba nossa paz mental e destrói algumas de nossas coisas boas. Mas, se vemos de outro ângulo, somente um inimigo nos dá a oportunidade de exercer a paciência. Ninguém mais do que ele nos concede a oportunidade para a tolerância. Já que não conhecemos a maioria dos cinco bilhões de seres humanos nesta terra, a maioria das pessoas também não nos dá oportunidade de mostrar tolerância ou paciência. Somente essas pessoas que nós conhecemos e que nos criam problemas é que realmente nos dão uma boa chance de praticar a tolerância e a paciência.

Dalai Lama

O melhor modo de vingar-se de um inimigo é não se assemelhar a ele.

Marco Aurélio

RESUMO

Esse estudo ocupou-se de apontar a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, demonstrando o conceito, os embasamentos filosóficos e características de tal fenômeno, bem como algumas críticas a teoria de Günther Jakobs. Em seguida buscou-se fazer uma análise histórica do fenômeno do Direito Penal do Inimigo antes mesmo de tornar-se teoria. Nesta análise constata-se que tal fenômeno sempre acompanhou o poder punitivo de maneira a identificar o inimigo e reservá-lo um tratamento diferenciado. A análise parte da idade antiga, passa pela idade média e logo após o Iluminismo buscou-se investigar as Escolas Penais Clássica e Positiva de modo a evidenciar o tratamento reservado aos criminosos enquanto inimigos perigosos. No final desta análise histórica chega-se aos governos totalitários do século XX. Carl Schmitt, um dos maiores teóricos deste século, através da obra *O Conceito do Político* fundamentou a diferenciação amigo-inimigo e defendeu o combate ao inimigo com medidas extremas. Na obra *Teologia Política* defendeu o decisionismo como conceito de soberania e o estado de exceção como medida de auto conservação do Estado. No final deste trabalho procurou-se responder até que ponto o Direito Penal do Inimigo representa uma retomada às idéias de Carl Schmitt.

Palavras-chave: Direito Penal – Teoria do Direito Penal do Inimigo – Carl Schmitt – Estado Total – Estado de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO PENAL DO INIMIGO	12
1.1 Introdução à Teoria do Direito Penal do Inimigo	12
1.2 Direito Penal do Inimigo: Direito Penal simbólico	13
1.3 A Teoria do Direito Penal do Inimigo	16
1.3.1 A teoria de Jakobs e o dualismo penal.....	16
1.3.2 Fundamentos filosóficos do Direito Penal do Inimigo	17
1.3.3 De cidadão a inimigo: a coisificação da pessoa humana	18
1.3.4 Ressurgir do punitivismo	21
2 HISTÓRIA E FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	26
2.1 Construindo a noção de inimigo	26
2.2 O Direito Penal do Inimigo na história ocidental	27
2.3 O Direito Penal do Inimigo na Escola Penal Clássica e na Positiva	31
2.3.1 Do pensamento de Cesare Beccaria e da Escola Clássica.....	32
2.3.2 Do pensamento da Escola Positiva e de Raffaele Garofalo.....	37
3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: UM RETORNO A CARL SCHMITT?	42
3.1 Por que Carl Schmitt?	42
3.2 O inimigo na teoria política de Carl Schmitt.....	43
3.2.1 O antagonismo político e a invenção do inimigo	44
3.2.2 O fundamento antropológico para a coroação do inimigo	46
3.2.3 Guerra como fenômeno da hostilidade	48
3.3 Do decisionismo schmittiano ao Estado total.....	54

CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

Este trabalho ocupa-se inicialmente do estudo e a análise do fenômeno do Direito Penal do Inimigo aparente nos dias atuais. Para tal, busca-se a sua origem teórica, cujo responsável é Günther Jakobs. É disso que se trata o primeiro capítulo, observar o conceito de Direito Penal do Inimigo, bem como as suas bases filosóficas e também as suas principais características.

Na análise do conceito proposto por Günther Jakobs vemos que o inimigo é aquele que não participa do contrato social, é aquele que está fora do contrato, por isso não oferece segurança. Os indivíduos que não são capazes de oferecer segurança frente as suas condutas são tidos como inimigos. Para estes o Direito Penal do Inimigo reserva um tratamento desigual aos dos cidadãos. Os inimigos são vistos como não pessoas. Resta somente o tratamento de guerra.

Embora pareça absurda tal assertiva, a sociedade acostumou-se a tal tratamento, uma vez que se vê ameaçada pelo “aumento significativo da criminalidade” divulgado pela mídia. O estado agora se torna o caçador. Através do seu poder maior de intimidação, que é o Direito Penal, começa uma busca desenfreada e sem limites que pode acarretar em prejuízo para todo cidadão.

Após compreender o conceito e as formas de manifestação de tal fenômeno, a segunda parte da pesquisa se concentra na percepção do Direito Penal do Inimigo na história e nos processos de formação da dogmática penal. Ao analisar a história do Direito Penal do Inimigo nos discursos penais, tomamos como referência os dois períodos mais marcantes da dogmática penal, que são o da Escola Clássica e da Escola Positiva.

As duas Escolas Penais são analisadas com o objetivo de visualizar ou perceber traços do tratamento que o Direito Penal do Inimigo guarda para os que cometem determinados delitos. A Escola Clássica será analisada à luz do entendimento de Cesare Beccaria que foi o precursor deste movimento intelectual. A respeito da Escola Positiva tomamos como parâmetro os estudos de Raffaele Garofalo. Na escola Clássica o crime era um ente jurídico. Na Escola Positiva o

criminoso está no centro, pois representa um inimigo a ser combatido. Fruto da tradição positivista garofaliana, a idéia de um inimigo ôntico portador de periculosidade faz surgir os movimentos autoritários de caráter biológico e racista. Desses podem ser citados o stalinismo, o fascismo e o nazismo.

Foi em meio ao movimento nacionalista nazista que surgiu um dos maiores pensadores do direito no século XX. Carl Schmitt foi um dos maiores teóricos da diferenciação amigo-inimigo, do regime de exceção e do poder estatal sem limites. Para Schmitt o agrupamento amigo e inimigo é a consequência extrema do político. De acordo com o grau de associação ou dissociação surge a guerra como fenômeno da hostilidade entre esses grupos. A partir daí legitima-se qualquer medida para a eliminação do inimigo. O soberano é quem decide sobre o estado de exceção, a guerra, e quem são os inimigos a serem combatidos. O soberano pode tudo sob a prerrogativa de segurança do povo. A teoria de Schmitt defendia um estado sem limites, sem entraves para a sua atuação, trazendo com isso, tornando-se uma ameaça não só para o inimigo, mas para o cidadão também.

Por fim, busca-se responder em que medida a Teoria do Direito Penal do Inimigo apresentada por Günther Jakobs representa uma retomada clara das idéias de Carl Schmitt. Afinal, mal sabia Schmitt ao morrer em abril de 1985, que neste mesmo ano seria exposta pela primeira vez a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 Introdução à Teoria do Direito Penal do Inimigo

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi exposta pela primeira vez em 1985 por Günther Jakobs. Sua proposta é baseada na possibilidade de vigorarem dois direitos distintos num mesmo ordenamento jurídico. Um direito é dirigido ao cidadão que comete um crime mais por deslize, ou vacilo. Já Direito Penal do Inimigo leva em consideração a periculosidade do delinqüente e destina a este o mesmo tratamento de guerra, ou seja, sem limites para a atuação do Estado.¹

Segundo Luiz Flávio Gomes, Jakobs antes detinha uma postura apenas expositiva a respeito da Teoria do Direito Penal do Inimigo passando posteriormente a uma postura afirmativa, legitimadora e justificativa². Algo que realmente acentuou a importância do tema e de certa forma abriu as portas de entrada para a teoria foram os fatos ocorridos do dia 11 de setembro de 2001, que somado a influência midiática na formação da opinião do cidadão e nas políticas criminais, trouxeram, mais do que nunca, a questão do Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo não é um fenômeno recente, pois como afirma Zaffaroni “o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos”³. Alguns autores remontam a Roma antiga como referência de tratamento desigual entre indivíduos baseado na pessoa ou não pessoa. Alguns filósofos de destaque como Kant, Rosseau e Hobbes também ensaiaram certos discursos carregados do que sustenta tal teoria. Carl Schmitt despontou como principal precursor das teorias do inimigo,

¹ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio; org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

² REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA UNICOC. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/Artigos.asp?IDMenu=8>>. Acesso em: 29 jan. 2009. 16:25.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Trad. LAMARÃO, Sérgio. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

mas recentemente quem se destacou pelo desenvolvimento desse discurso foi Günther Jakobs.⁴

Pretendemos neste capítulo analisar e apontar brevemente alguns aspectos da doutrina acerca do tema, abordando as suas definições e características marcantes. Ao analisar a proposta de Jakobs veremos como pode o Direito Penal do Inimigo ser implementado nas políticas criminais e em contrapartida veremos, através dos estudos de Zaffaroni e Meliá, que riscos podem trazer o Direito Penal do Inimigo. Pois quem tem o poder de etiquetar os indivíduos indesejáveis sempre usou este poder conforme os interesses próprios, dessa forma sempre ocorreu uma sucessão de inimigos durante a história.⁵ O estudo neste capítulo a seguir terá como foco a apresentação das diversas facetas da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

1.2 Direito Penal do Inimigo: Direito Penal simbólico

Como demonstrado no tópico anterior, os atentados de 11 de setembro trouxeram uma grande variedade de medidas e políticas criminais tanto por parte dos países europeus como dos Estados Unidos. A mídia, com seu poder de comunicação em massa, por sua vez têm feito grande alarde com matérias que divulgam um grande aumento na criminalidade nas cidades. A questão de afirmar se há ou não aumento de criminalidade é uma questão delicada, até mesmo para a criminologia. A conhecida cifra oculta da criminalidade não permite que tenhamos uma estatística confiável acerca das taxas aferidas.⁶

O grande problema da mídia não está em afirmar que há aumento de criminalidade ou não, mas sim em outra questão: o inegável poder de influência e formação de pensamento que exerce na sociedade. Zaffaroni chama a atenção para a questão da globalização, onde “a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* (popularesca ou demagoga) e

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 16-21.

⁵ Id. *ibid.*, p. 82.

⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 102-103.

vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrasar vidas”⁷. Os governos se vêem forçados a adotar uma série de medidas, em razão do clamor social por direito e justiça, que visam o aumento da criminalização. Nota-se o panorama traçado por Garcia Martín:

A sensação de que o Direito Penal comum seria ineficaz para a sua persecução parece ser o motivo que suscita a necessidade e a justificação, em nome da segurança, do exercício de formas extraordinárias e excepcionais de coação estatal, cujo fim não seria outro senão a proteção da sociedade contra essas formas de criminalidade por meio de respostas de caráter bélico contra seus autores, que não são vistos como cidadãos, mas como inimigos, e para os quais se deve criar um Direito Penal de inimigos, com os conteúdos e as formas de um Direito de Guerra.⁸

Zaffaroni fala em uma progressiva “perda das penas”, que significam a perda do sentido das penas, isto é, infligência de dor sem sentido algum. Zaffaroni quer dizer que a pena é perdida porque lhe falta racionalidade, pois, “a programação normativa baseia-se em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente”.⁹

O aumento da criminalização não é a melhor saída. Pode ser para a mídia e para os governos, mas não para o povo. Educação, cultura e políticas sociais de desenvolvimento e capacitação dos indivíduos, são políticas caras e que se desenvolvem em longo prazo. A forma com que as grandes nações encontram para demonstrar que estão agindo diante da violência é através do endurecimento da norma penal, somente assim satisfazem a opinião pública que insiste no aumento da punição como solução de todos os problemas e mazelas da sociedade¹⁰. Esta reação jamais acabará com os problemas sociais que geram o problema da criminalidade.

Encontramos então o grande pretexto para a introdução do Direito Penal do Inimigo, que é colocar em jogo a eficiência do Direito Penal e do pacto

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 15-16.

⁸ MARTÍN, Luis Garcia (trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho). **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 143.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul (trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição). **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.12.

¹⁰ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. *in*: **Revista dos Tribunais**, ano 96, volume 862, agosto de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

social. Isto porque se não se pode mais ter segurança de que os indivíduos vão se comportar de acordo com a lei e as normas sociais, o Direito Penal e o pacto social são lançados por terra. Isso é bem demonstrado nas leis de caráter emergente que não visam à solução do problema, mas sim acalmar o povo ou dizer que o governo não está parado, esta agindo de alguma forma para acabar com a criminalidade. Isto tudo é só falácia, pois o Direito Penal perde a sua função.¹¹

O Direito Penal assume uma função simbólica. Esse Direito Penal simbólico nada mais é do que um direito extremamente carregado de penas e crimes que precedem a própria execução do delito e que na verdade não resolvem o problema e não chega a lugar algum. O Direito Penal simbólico já nasce morto, fadado ao fracasso, pois não tem a capacidade de sanar as questões que o invocam. Ele é simbólico porque serve para o governo dizer ao cidadão: olha, estamos fazendo algo. E o cidadão responde: muito bem, agora sim.

O Direito Penal simbólico surge como resultado mais comum de reação política diante do clamor social e midiático por justiça e segurança que põem em prova a eficiência do Direito Penal como afirma Callegari:

O recrudescimento da violência é assunto que tem tomado grande atenção da sociedade moderna e que assola tanto nações ricas quanto outras ainda em desenvolvimento, seja pela influência do tráfico de drogas, seja pelo medo constante de ataques terrorista. Muitas nações têm respondido a esta ameaça crescente com o endurecimento da legislação penal, o que, de certa forma acaba também por satisfazer a opinião pública que vê no crescimento do punitivismo a solução do problema.¹²

Ao colocar em questão a eficiência do Direito Penal, abre-se a porta para o Direito Penal do Inimigo. E assim depois de contextualizar a situação que invoca tal direito podemos analisar então a proposta do professor alemão Günther Jakobs, que desde 1985 tem sustentado, a assim chamada por ele, Teoria do Direito Penal do Inimigo que será abordada no tópico seguinte.

¹¹ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. *in*: **Revista dos Tribunais**, ano 96, volume 862, agosto de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 429 - 442.

¹² *Id. ibid.*, p. 430.

1.3 A Teoria do Direito Penal do Inimigo

1.3.1 A teoria de Jakobs e o dualismo penal

A proposta apresentada por Günther Jakobs se inicia com a possibilidade de vigorarem dois direitos distintos em um mesmo ordenamento jurídico. Estes dois direitos seriam o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Isto se deve ao fato de que nunca obtemos um ou outro de modo puro. Para Jakobs:

Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que essas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.¹³

Com fundamento nessa dualidade penal, o Estado pode agir de duas maneiras distintas contra os que praticam crimes. São maneiras diferentes baseadas em direitos distintos dentro de um mesmo universo jurídico. O Direito Penal do cidadão é aquele que conta com todas as garantias fundamentais, penais e processuais incluindo a segurança do devido processo legal. A outra realidade é o Direito Penal do Inimigo que oferece ao indivíduo delinqüente o mesmo tratamento do inimigo de guerra, com cerceamento de defesa e até de direitos fundamentais.

Uma maneira interessante de analisar o dualismo da tese de Jakobs é pensarmos numa realidade como exceção da outra. Segundo Agamben:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de suspensão. A norma se aplica à exceção desapplicando-se, retirando-se desta.¹⁴

O próprio Jakobs exemplifica da seguinte maneira:

¹³ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio (trad. Henrique Burigo). **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 25.

[...] inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio, Direito Penal do cidadão, se misturará ao menos uma leve defesa frente aos riscos futuros, Direito Penal do Inimigo, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão.¹⁵

1.3.2 Fundamentos filosóficos do Direito Penal do Inimigo

Um dos sustentáculos mais fortes da teoria de Jakobs encontra-se especialmente na fundamentação de alguns teóricos e autores que defendem o Estado como um contrato. Estes contratualistas naturalmente identificam a figura do delinqüente com um violador do contrato e que, portanto não deve participar das vantagens deste¹⁶. Notadamente dois importantes pensadores são citados como fundamentos do conceito de inimigo, Hobbes e Kant.

Para Hobbes, evidentemente um teórico do contrato social que prezava pelas instituições formais, não é tão simples o fato de o indivíduo perder a sua condição de cidadão. Para ele não são todos os delitos que provocam esse efeito. Hobbes foi mais perspicaz do que Rosseau e Fichte nesse ponto, pois só seria punido como inimigo o indivíduo que cometesse um crime que denotasse uma quebra ou rescisão em relação à submissão ao Estado, que seria o caso de traição ou rebelião.¹⁷

Na concepção de Kant o inimigo seria aquele que não participa do estado comunitário legal e, portanto não oferece segurança. Se estamos num Estado civil, quem insiste em permanecer em estado de natureza só pode ser tratado desta forma. Ou seja, para Kant, a simples presença de alguns em estado de natureza, representa um perigo. Daí poder se exigir que estes indivíduos participem do contrato.¹⁸

Mas será que o cidadão também não pode delinqüir? A resposta é óbvia, claro que sim. Mas como que podemos diferenciar então cidadão e inimigo? A

¹⁵ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

¹⁶ Id. *ibid.*, p. 25.

¹⁷ Id. *ibid.*, p. 27.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 128.

diferença está no princípio que há por de trás do crime, ou seja, no que está no consciente de quem o pratica. Se o indivíduo não delinqüe de maneira persistente ele é tratado como cidadão, que pode cometer deslizes comuns. Mas o tratamento de inimigo está para aquele que se desvia de maneira permanente e se afasta do Estado por princípio.¹⁹

Pelo que podemos notar o Direito Penal do Inimigo realmente não é uma novidade no campo do direito e da ciência política. A posição adotada por Hobbes e Kant se aproxima da de Jakobs na medida em que permite um direito ao cidadão e outro para o inimigo. Dessa maneira verifica-se que alguns dos mais respeitados filósofos da humanidade contribuíram para a formação do Direito Penal do Inimigo e com certeza fazem parte da fundamentação de Jakobs.

1.3.3 De cidadão a inimigo: a coisificação da pessoa humana

Podemos ver no item passado que, segundo os fundamentos apresentados por Jakobs com apoio de outros filósofos, o Estado pode tratar de duas formas diferentes o indivíduo que comete crime. Jakobs diz que nem todo delinqüente é um inimigo da ordem jurídica²⁰, mas aquele que não oferece segurança de um comportamento pessoal, esse sim é um inimigo. Como vemos a seguir:

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. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo.²¹

Se a princípio todos são cidadãos, podemos chamar este fenômeno da passagem de cidadão para inimigo de coisificação da pessoa, ou seja, quando ela deixa de ser pessoa, pois para Jakobs “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”²². Portanto, o inimigo é uma não-pessoa. Coisificação é a palavra mais correta para definir esta situação, porque ao

¹⁹ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29.

²⁰ Id. ibid., p. 43.

²¹ Id. ibid., p. 42.

²² Id. ibid., p. 45.

passo que uma coisa não tem direitos, o inimigo como coisa também não tem mais a segurança dos direitos de um cidadão de verdade. Isto significa supressão de direitos e garantias fundamentais.

Há em razão de quê esta despersonalização? Muito simples. Tudo ocorre em razão do não oferecimento de um comportamento pessoal seguro, em outras palavras, em razão da periculosidade em potencial, como mostra Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...] ²³

Jakobs diz que “o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos” ²⁴, no entanto Zaffaroni nos alerta da seguinte forma:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado seu caráter de pessoa, ainda em certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. ²⁵

A despersonalização em razão da periculosidade é algo muito delicado. A idéia de retirar do indivíduo a sua condição de pessoa representa algo muito sério. Zaffaroni adverte que “a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade”²⁶. É muito fácil entender Zaffaroni, pois como é que alguém pode dar garantias de um comportamento pessoal seguro no

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

²⁴ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). *Op.cit.* p. 18.

²⁶ Id. *ibid.*, p. 20.

futuro? Mesmo as pessoas mais tranqüilas não podem dar esta garantia. O ser humano, independente de qualquer circunstância, é muito imprevisível.

Se formos notar bem, há uma inversão curiosa dos papéis. O cidadão tem o direito de exigir do Estado a garantia de segurança, contudo o Estado exige dos membros da sociedade uma precisão tremenda em suas ações para que não possam arriscar a segurança geral. O indivíduo deve agir em sociedade com todo zelo e atenção para não incorrer em nenhum crime que comprometa o Estado. Zaffaroni utiliza outra expressão muito interessante que é a “sociedade robotizada”²⁷. A palavra robô retrata exatamente como deve se portar um indivíduo de uma sociedade que aspira como valor máximo a segurança em relação aos atos futuros de seus membros.

A conclusão que chegamos é a mesma de Zaffaroni, de que cada dia o Estado, ao invés de ser o garantidor da segurança, torna o cidadão garante do que jamais pensamos que fosse possível. Ademais como o próprio Zaffaroni diz, esta falsa idéia de segurança em relação à nossa conduta futura, pode ser muito bem pretexto, ou uma oportunidade para legitimação do controle social extremamente punitivo.²⁸

Se antes tínhamos um bem delineado direito do fato, onde eram punidas as condutas ocorridas no passado, ou seja, o fato era o elemento relevante da conduta criminal e nesse mesmo âmbito não eram punidas as ações internas do sujeito, agora temos um direito do autor²⁹. Chama-se Direito Penal do autor porque não é mais o fato que é relevante, mas sim o grau de periculosidade latente do indivíduo.³⁰

Seja qual for a situação, não podemos mudar a condição de pessoa do indivíduo, pois é inerente a ele tal condição, além de que a coisificação do ser

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21.

²⁸ Id. *ibid.*, p. 21.

²⁹ ANDRADE, Vera Regina. **A Ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 70-71.

³⁰ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80 - 81.

humano ou este tratamento que lhe retira a personalidade se revela totalmente inconstitucional frente a existência do Estado de Direito.

1.3.4 Ressurgir do punitivismo

Como bem vimos, a mídia e o clamor social por segurança motivou os governos a adotarem novas medidas na política criminal. Essas políticas de contenção da criminalidade baseiam-se principalmente no aumento da punitividade e na criação de novos tipos penais. Por fim essas medidas acabam cumprindo apenas efeitos simbólicos, pois visam acalmar a sociedade e de fato não mudam a situação para que foram invocadas.³¹

O aumento da punitividade e a criação de novos tipos penais revelam um grande fenômeno dentro do Direito Penal do Inimigo que podemos chamar de ressurgir do punitivismo. Este fenômeno é definido pela

introdução de normas penais novas com o intuito de promover sua efetiva aplicação com toda firmeza, isto é, verificam-se processos que conduzem a normas penais novas para serem aplicadas, ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes.³²

As legislações que trazem novos tipos penais avançam muitas vezes para o campo da criminalização em estágios prévios onde o indivíduo pode ser punido sem mesmo ter cometido um crime, como ensina Meliá:

[...] a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássico, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas.³³

Esta mudança no panorama das legislações de grandes nações mundiais representa uma perigosa mudança de paradigma, onde passamos da punição baseada em uma conduta pretérita para um Direito Penal de risco ou da neutralização de perigo futuro que um indivíduo possa apresentar. Este Direito Penal

³¹ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65.

³² Id. ibid., p. 60.

³³ Id. ibid., p. 56.

baseado no risco à segurança pode ser exemplificado muito bem pela obra cinematográfica de Steven Spielberg, que conta com a participação do ator Tom Cruise, chamada *Minority Report: a nova Lei* (2002). Esse filme se passa em 2054, futuro em que os crimes podem ser previstos e, literalmente, evitados pela polícia antes mesmo de ocorrerem.

Essa mudança de paradigma parece ser muito perigosa porque podemos notar tendências regressivas de Direito Penal que terminam por desconstruir o sistema de direito e garantias fundamentais³⁴. Podemos constatar isso “quando verificamos as alterações legislativas supressoras de direitos fundamentais, ou ainda, naquelas em que ocorre uma desproporção da pena em relação ao delito praticado”.³⁵

Ao verificar o adiantamento da barreira de punição, ou seja, antecipação da tutela penal, vemos que o Direito Penal do Inimigo tem adiantado o âmbito da proteção da lei³⁶, como foi mencionado logo atrás, conduzindo a uma criminalização de atos preparatórios. Dá para notar o quanto o exercício do poder de punição perdeu os limites, pois se tornou muito subjetivo, o que pode levar a arbitrariedades.

Não suficiente para nos preocuparmos com esta nova e perigosa tendência, há a questão da desproporcionalidade das penas. Dentre os fenômenos que formam o que podemos chamar de ressurgir do punitivismo estão, tanto a criação de novos tipos penais que tendem a criminalização de estágios prévios, quanto o agravamento de penas já existentes.

É fácil a constatação de que o agravamento das penas resulta na maioria das vezes em uma desproporção entre o delito e a pena. O modelo de política criminal chamado “tolerância zero” é um dos casos de aplicação de penas desproporcionalmente altas como exemplifica Meliá:

³⁴ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais, in: **Revista dos Tribunais**, ano 96, volume 862, agosto de 2007, p. 429 - 442. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³⁵ Id. ibid., p. 431.

³⁶ REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA UNICOC. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/Artigos.asp?IDMenu=8>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

Neste mesmo contexto, uma consideração da evolução ocorrida nos últimos anos nos Estados Unidos – sem considerar as mais recentes medidas legislativas – pode ser reveladora de qual é, ou, melhor dito: de longe que se possa chegar até alcançar – o ponto de chegada desta escalada: mediante a legislação de “*three strikes*”, um agente pode, em alguns estados dos EUA, receber a pena de prisão perpétua, entendida esta, ademais, em sentido estrito (até a morte do condenado), enquanto que, sob aplicação do Código penal espanhol, nem sequer seria preso.³⁷

Para não dizer que esta espécie de política criminal nada tem a ver com o Brasil, observa-se que alguns governantes de estados do nosso país importaram este sistema chamado tolerância zero³⁸ semelhante ao sistema norte americano do “*Three Strikes you are out*”, que significa que se o sujeito comete três delitos graves ele é excluído da sociedade por meio da prisão perpétua. É claro que no Brasil não existe prisão perpétua, mas há semelhança nestes sistemas quanto ao adiantamento da barreira da punição e na desproporcionalidade das penas.

A desproporcionalidade das penas aliada à supressão de direitos e garantias fundamentais são fatores determinantes do novo paradigma trazido pelo Direito Penal do Inimigo. Fato este que pode ser traduzido como avanço do Direito Penal sobre os cidadãos.

Portanto, torna-se evidente como esses fenômenos estão entrelaçados e como concorrem para a formação do que chamamos de Direito Penal do Inimigo. “O Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal” afirma Zaffaroni. Para ele, na verdade, o Direito Penal do Inimigo surge da união destes dois.³⁹

Dessa forma neste capítulo tentamos percorrer, dentro do que abordam os doutrinadores, alguns dos principais tópicos a respeito da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Podemos ver que a própria essência do conceito de Direito Penal do Inimigo surgiu da necessidade de reação dos governantes e do ordenamento jurídico contra indivíduos delinquentes tidos como entes perigosos.

³⁷ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63 - 64.

³⁸ CORREIO BRAZILIENSE. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20021003/pri_tem_031002_228.htm>. Acesso em: 09 fev. 2009.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65.

Segundo essa teoria os indivíduos incapazes de oferecer a segurança de um comportamento seguro são uma ameaça ao Estado e se o seu afastamento se dá de forma permanente e por princípio então esses indivíduos tornam-se inimigos e não mais cidadãos. Como inimigos de guerra, a estes indivíduos são relativados seus direitos e garantias fundamentais, posto que não podem participar dos benefícios dos cidadãos.

O contexto de grande clamor social e a influência midiática ao pressionar os governos, colocou em prova a eficiência do Direito Penal. Os agentes políticos, na intenção de transmitirem uma impressão tranquilizadora, criaram leis que tinham apenas efeito simbólico. Com o incremento de alguns tipos penais já existentes e a criação de novos que se anteciparam para o estágio preparatório do crime, gerou-se um novo e perigoso paradigma na política criminal pondo em risco o sistema de defesa e garantias fundamentais.

Além do fenômeno do Direito Penal simbólico vimos o ressurgir do punitivismo, baseando-se na antecipação da barreira da punição e nas penas altamente desproporcionais. O Estado veio tornando-se caçador implacável de indivíduos que não oferecem segurança.

Para Jakobs, que enunciou a Teoria do Direito Penal do Inimigo pela primeira vez, o Direito Penal do Inimigo bem delineado não é de forma alguma perigoso. No entanto para alguns doutrinadores inclusive Zaffaroni, o Direito Penal do Inimigo é porta de entrada para governos autoritários representando assim um retorno ao autoritarismo e totalitarismo, colocando em risco a vida de muitos.

A discussão do tema nunca foi tão mister quanto agora depois do atentado de 11 de setembro. Pois a tendência atual desta nova ordem política criminal de estado de emergência permanente, invocada pela necessidade de segurança pretende legitimar governos com poderes ilimitados.

No próximo capítulo pretendemos traçar algumas idéias acerca das origens do conceito de inimigo e de como chegamos à situação atual. Nesse caminho poderemos notar muitas vezes um tom um tanto apocalíptico, mas o objetivo é refletir como se deu o processo histórico de formação do Direito Penal do Inimigo para entendê-lo na atualidade.

2 HISTÓRIA E FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Construindo a noção de inimigo

No capítulo anterior analisamos a Teoria do Direito Penal do Inimigo e vimos que a Teoria do Direito Penal do Inimigo foi enunciada pela primeira vez, pelo menos com essa nomenclatura, por Günther Jakobs e que, no entanto não se trata de um fenômeno moderno, mas de sim de algo bem mais antigo. O que queremos dizer é que todas as bases e justificativas do fenômeno do Direito Penal do Inimigo se encontram antes mesmo do que podemos imaginar.

Não haveria modo de analisar a história da construção do conceito de inimigo sem antes entender o conteúdo do conceito de inimigo proposto de Jakobs, o que já foi feito no primeiro capítulo, nem tão pouco os seus fundamentos e suas bases filosóficas. O que se propõe neste segundo capítulo é a observação das características e enunciados do Direito Penal do Inimigo através da observação da manifestação destes em vários períodos históricos marcantes.

Ao penetrar nos meandros da história do poder punitivo veremos como se desenvolveu a noção de inimigo do Estado. Procuraremos analisar, dentro dos postulados da Escola Penal Clássica e da Positiva qual era o tratamento dado para os que praticavam o delito contra a segurança do Estado. Para tanto observaremos as perspectivas de Cesare Beccaria e de Raffaele Garofalo.

A análise pretendida neste capítulo parte do pressuposto de que durante o percurso histórico ocorreram inúmeras discontinuidades e fissuras na formação do conceito de inimigo do Estado. A passagem da Escola Clássica para a Escola Positiva, por exemplo, marca a passagem do Direito Penal do fato para o Direito Penal do autor, muito importante para o estudo do Direito Penal do Inimigo. Todavia, de uma forma ou de outra, o exercício real do poder punitivo sempre buscou ampliar o rol de crimes contra o Estado bem como aperfeiçoar o discurso legitimador destas práticas.

2.2 O Direito Penal do Inimigo na história ocidental

De maneira muito curiosa, a tradição bíblica narra várias histórias de delitos praticados contra a autoridade divina. De acordo com as normas reveladas por Deus, algumas condutas atentavam diretamente contra a autoridade divina, uma vez que a lei era criada pelo próprio Deus. A desobediência e o descumprimento da lei humana redundavam conseqüentemente em uma ofensa ao comando divino e a autoridade divina. Deste modo qualquer ilegalidade era o mesmo que blasfêmia contra o próprio Deus vivo.⁴⁰

Os delitos contra o chamado Estado temporal, terrestre ou governo dos homens, assumia o mesmo caráter do crime cometido contra Deus. Este entendimento pode ser constatado na passagem de Paulo aos romanos ao qual ordena o cumprimento das leis das autoridades daquele tempo:

Toda alma esteja sujeita às autoridades superiores; porque não há autoridade que não venha de Deus; e as que existem foram ordenadas por Deus. Por isso quem resiste à autoridade resiste à ordenação de Deus; e os que resistem trarão sobre si mesmos a condenação.⁴¹

Podemos notar então, na própria tradição canônica, traços marcantes do que chamamos de Direito Penal do Inimigo, pois, uma vez que aquele que se opõe contra a autoridade do Estado se opõe diretamente à vontade divina, e assim manifestava-se a reprovação do criminoso na maioria das vezes através da punição física.⁴²

Alguns relatos de atentados contra a autoridade temporal da história bíblica têm como protagonista o próprio Jesus de Nazaré. Primeiro quando Herodes, que era o rei dos judeus, sentiu-se ameaçado pelo nascimento de uma criança que poderia ser considerada rei pelo povo e tomar seu reino, como narra o texto bíblico:

Tendo Jesus nascido em Belém da Judéia, em dias do rei Herodes, eis que vieram uns magos do Oriente a Jerusalém. E perguntavam: Onde está o recém-nascido Rei dos Judeus? Porque vimos a sua estrela no Oriente e viemos para adorá-lo. Tendo ouvido isso, alarmou-se o rei Herodes e, com

⁴⁰ DARL RI JÚNIOR, Arno. **O estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 42-43, 45.

⁴¹ BIBLIA SAGRADA. Romanos 13:1-2.

⁴² DARL RI JÚNIOR, Arno. *Op.cit.*, p. 56.

ele, toda a Jerusalém; então convocando todos os principais sacerdotes e escribas do povo, indagava deles onde o Cristo deveria nascer [...] Com isto, Herodes, tendo chamado secretamente os magos, inquiriu deles com precisão quanto ao tempo em que a estrela aparecera. E enviando-o a Belém, disse-lhes: Ide informar-vos cuidadosamente a respeito do menino; e quando tiverdes encontrado, avisai-me, para eu também adorá-lo [...] Vendo-se iludido pelos magos, enfureceu-se Herodes grandemente e mandou matar todos os meninos de Belém e de todos os seus arredores, de dois anos para baixo, conforme o tempo do qual com precisão se informara dos magos.⁴³

Percebemos dessa maneira como o nascimento da criança perturbava o rei, a sua autoridade, o seu poder, por representar uma ameaça ao seu poder. Em resposta a essa ameaça, o rei adotou uma medida extrema, que foi o sacrifício de todas as crianças com menos de dois anos, evidenciando o Direito Penal do Inimigo através da desproporcionalidade da medida e do caráter excepcional da mesma.

Um segundo episódio envolvendo Jesus foi no seu próprio julgamento no sinédrio perante Poncius Pilatos, como vemos a seguir:

Ora, os principais sacerdotes e todo o Sinédrio procuravam algum testemunho falso contra Jesus, a fim de o condenarem à morte. E não acharam, apesar de se terem apresentado muitas testemunhas falsas [...] Ao romper do dia, todos os principais sacerdotes e os anciãos do povo entraram em conselho contra Jesus, para o matarem [...] Jesus estava em pé ante o governador; e este o interrogou, dizendo: És tu o rei dos judeus? Respondeu-lhe Jesus: tu o dizes. E sendo acusado pelos principais sacerdotes e pelos anciãos, nada respondeu. Então, lhe perguntou Pilatos: Não ouves quantas acusações te fazem? Jesus não respondeu nem uma palavra, vindo com isto a admira-se grandemente o governador [...] Estando, pois, o povo reunido, perguntou-lhes Pilatos: A quem quereis que eu vos solte, a Barrabás ou a Jesus, chamado Cristo? Porque sabia que por inveja, o tinham entregado [...] Mas os principais sacerdotes e os anciãos persuadiram o povo a que pedisse Barrabás e fizesse morrer Jesus [...] Então, Pilatos lhes soltou Barrabás e, após haver açoitado Jesus, entregou-o para ser crucificado.⁴⁴

Então vemos como os principais líderes do povo, que eram os sacerdotes e os anciãos imediatamente após o governador, estavam enciumados e repletos de inveja de Jesus pelo fato deste persuadir as pessoas e conquistá-las com seus ensinamentos e ideologias a ponto de o levarem a condenação. Nota-se como esses líderes utilizaram métodos e formas ilícitas, mesmo naquela época, para

⁴³ BIBLIA SAGRADA. Mateus capítulo 2, versículos 1 a 4, 7, 8 e 16.

⁴⁴ BIBLIA SAGRADA. Mateus capítulo 26, versículos 59 e 60; e capítulo 27 versículos 1, 11 a 14, 17 e 18, 20 e 26.

o matarem, demonstrando nitidamente as características de um Direito Penal do Inimigo perseguidor daqueles que ameaçavam o poder.

Semelhante aconteceu anteriormente na Grécia durante o acusatório de Sócrates, pois ao analisar-mos os crimes de que fora acusado veremos claramente tratar-se de crimes contra a autoridade do Estado, ou seja, com evidente conteúdo político. Os três crimes de que fora acusado foram: corrupção dos jovens, impiedade e introdução de novos deuses. Sócrates representava uma ameaça ao Estado, pois era contra a democracia e favorável à aristocracia.⁴⁵

O jornalista americano I. F. Stone elaborou o que ele mesmo chama de furo de reportagem de mais de 2400 anos. Na sua obra *O Julgamento de Sócrates*, Stone afirma que o que levou Sócrates a entrar em conflito com os cidadãos atenienses foi seu costume de exortar a prática da virtude, de forma que esta atividade quase sempre gerava antipatias.⁴⁶

A principal acusação contra Sócrates é de que ele não defendia nem a oligarquia, nem a democracia, colocando-se na posição de adversário da maioria das formas de governo existentes. A justificativa de Sócrates era de o poder não deveria ser exercido por uma maioria ou uma minoria, mas sim por um indivíduo apenas que segundo ele é “aquele que sabe”.⁴⁷

Para os atenienses Sócrates estava defendendo a monarquia, o que era absurdo para aquela época. A divergência era fundamental. O resultado disso foi sua condenação por 280 a 220 votos e 360 votos a favor da pena de morte e 140 contra⁴⁸. Como Sócrates não queria agir contra tudo o que ele tinha pregado e defendido, aceitou a pena fatal, bebeu cicuta e então morreu.

Os estudiosos continuam tentando, sem sucesso, entender a contradição entre a atitude inconformista que caracterizou Sócrates durante toda a sua

⁴⁵ DARL RI JÚNIOR, Arno. **O estado e seus inimigos**: a repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 33-35.

⁴⁶ STONE, I. F. (Trad. Paulo Henriques Britto). **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 27.

⁴⁷ Id. *ibid.*, p. 29-30.

⁴⁸ Id. *ibid.*, p. 192.

vida e o modo dócil como se submeteu a um veredicto que ele mesmo considerava, tal como nós consideramos, injusto.⁴⁹

De toda sorte, tanto o julgamento de Jesus como o de Sócrates podem ser assinalados como resultado de um suposto crime contra a autoridade que prevalecia ao seu tempo. Estes eram chamados de crimes contra a ordem do estado e eram tidos como inimigos políticos, por representar uma ameaça à segurança do mesmo.⁵⁰

Costuma-se colocar os crimes políticos, os crimes contra a majestade e os crimes contra segurança do Estado no mesmo grupo. Embora suas bases possam se confundir no processo histórico vemos que se distinguem em certos momentos:

A noção de *laesae maiestatis* adentrou na Modernidade marcada por diversos elementos que caracterizaram a sua evolução histórica na cultura jurídica medieval. No alvorecer da Idade Moderna, como salienta Giovanni Tarello, era forte a tendência de enquadrar a maioria dos crimes públicos na figura da lesa-majestade. Uma figura que ainda se distinguia em divina e humana, compreendendo a primeira essencialmente os crimes de heresia, magia e sacrilégio; enquanto a segunda, que originalmente consistia nos crimes contra a pessoa do soberano.⁵¹

Darl Ri Júnior afirma que

na tradição romana e medieval, a pena de morte era a condenação por excelência para todo aquele que atentava contra o soberano e que a conjugação entre os pressupostos teóricos da monarquia absolutista e a severidade caracterizaram a noção de lesa-majestade na idade moderna.⁵²

Passando do período medieval para mais perto da idade moderna podemos identificar traços marcantes do Direito Penal do Inimigo nos Estados Absolutistas. Algumas características do Direito Penal do Inimigo podem ser observadas nesse período como retrata Luís Paulo Sirvinkas:

Como se viu, até então, o direito criminal caracterizava-se pela desproporcionalidade entre o delito e a pena aplicada. Não havia qualquer

⁴⁹ STONE, I. F. (Trad. Paulo Henriques Britto). **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 195.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 23.

⁵¹ DARL RI JÚNIOR, Arno. **O estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 109-110.

⁵² Id. *ibid.*, p. 117.

critério racional e científico na aplicação das penas. Eram executadas de maneira cruel, atroz e sem piedade.⁵³

Aspectos como a desproporcionalidade entre a pena e o crime, ilegalidades de autoridades, uso de poder ilimitado do Estado evidenciam exemplos claros de manifestação do Direito Penal do Inimigo. Todo esse pano de fundo fez surgir o movimento Iluminista e humanitário voltados à razão e à humanidade. Dessa forma o Iluminismo representou um processo revolucionário de combate ao Estado Absolutista ilimitado.⁵⁴

Veremos no próximo tópico como foram desenvolvidas, a partir do marco histórico do Iluminismo, a Escola Penal Clássica e posteriormente a Escola Positiva, bem como o tratamento dado ao indivíduo criminoso.

2.3 O Direito Penal do Inimigo na Escola Penal Clássica e na Positiva

Para analisar a história e a formação do Direito Penal do Inimigo temos que lançar nosso olhar na evolução do Direito Penal em si, pois esse sempre esteve de alguma maneira incrustado neste. Como se fosse um parasita, um carrapato, o Direito Penal do Inimigo sempre funcionou como um Direito Penal subterrâneo, e a favor dos interesses de quem estava no poder, como afirma o mestre Zaffaroni.⁵⁵

Nesse sentido, analisaremos principalmente das idéias de Cesare Beccaria como representante da Escola Penal Clássica e Garofalo como da Escola Penal Positiva, de maneira a ilustrar dois momentos fundamentais: do Direito Penal do fato e do Direito Penal do autor.

⁵³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31.

⁵⁴ Id. *ibid.*, p. 35.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007,.

2.3.1 Do pensamento de Cesare Beccaria e da Escola Clássica

O Iluminismo veio como uma revolução, como um rompimento com ordem que se desenvolvia com monarquia absolutista:

Como se viu, nesse período deu-se um grande salto ao desenvolvimento das idéias do liberalismo defendidas pelo Iluminismo e sustentadas pelas lutas travadas nas Revoluções Norte-Americana e Francesa, culminando na queda do absolutismo e com o surgimento das várias escolas penais.⁵⁶

Portanto, a Escola Clássica representou o pensamento burguês em luta contra a estrutura absolutista. A nova ordem era estabelecida pela “transição da ordem feudal e o Estado Absolutista (o “Antigo Regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa”.⁵⁷

Um dos responsáveis por traduzir os ideais iluministas na doutrina penal foi justamente Cesare Beccaria. Vejamos como Sirvinskas o situa nesse período:

Influenciado pelas idéias de Montesquieu, Rousseau e Voltaire, Beccaria, em sua obra, colocou em xeque o sistema criminal da época. Com esses postulados, deu início ao Direito Penal moderno e às escolas clássicas de criminologia e de Direito Penal.⁵⁸

A obra que se trata na citação anterior é chamada *Dos delitos e das penas* e a seu respeito muito interessa o comentário de Alessandro Baratta quando diz:

Esta fase deliciosamente filosófica do pensamento penal italiano se abre com o pequeno e afortunadíssimo tratado *Dei delitti e delle pene*, escrito por Cesare Beccaria em 1764. Este tratado é, como há muito a crítica amplamente demonstrou, menos a obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do Iluminismo europeu e, especialmente, o francês. A consequência resultante para a história da ciência penal, não só italiana mas européia, é a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do estado de direito,

⁵⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45-46.

⁵⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Op.cit.*, p. 32.

baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as idéias do contrato social e da divisão de poderes.⁵⁹

Grande parte do comentário Baratta pode ser constatado nas próprias palavras de Beccaria no prefácio de sua obra:

Fragmentos da legislação de antigo povo conquistador, compilados por ordem de um príncipe que reinou, em Constantinopla, há doze séculos, combinados depois com os costumes dos lombardos e amortalhados em um volumoso calhamaço de comentários pouco inteligíveis, são o antigo acervo de opiniões que uma grande parte da Europa prestigiou como o nome de leis; e ainda hoje, o preconceito da rotina, tão nefasto quando difundido, faz com que uma opinião de Carpozow, uma velha prática preconizada por Claro, um suplicio que Francisco imaginou com bárbara complacência, continuem sendo orientações friamente seguidas por esses homens, que deveriam tremer ao decidir da vida e da sorte de seus concidadãos. É esse código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros, que desejo examinar nesta obra. Ficarei limitado, contudo, ao sistema criminal, cujos abusos terei a ousadia de apontar aos encarregados de velar pela felicidade pública, sem me preocupar em impor ao meu estilo o encanto que faz a sedução dos leitores comuns.⁶⁰

O grande mérito de Beccaria foi de traduzir com sua crítica a situação que se passava no seu tempo e por isso é mencionado por uma série de doutrinadores como o responsável pelo surgimento das Escolas Penais, principalmente da Escola Clássica ao qual foi atribuído.⁶¹

Sirvinskias diz que sem dúvida Beccaria foi o pioneiro das Escolas Penais, de maneira que essas começaram a surgir impulsionando o desenvolvimento do Direito Penal como se vê:

É a obra de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, já citada, que dá início ao movimento chamado escola clássica. Tal obra representou um humanização nos sistemas penais existentes até então. Os representantes dessa escola defendiam a liberdade e a dignidade da pessoa humana, surgindo, desse fato, um movimento filosófico contra o estado de coisa que vigorava na Idade Média (opressão, iniquidade, violência etc.).⁶²

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 33.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 11.

⁶¹ ANDRADE, Vera Regina. **A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47.

⁶² SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

As reivindicações de Beccaria representam as reivindicações do movimento Iluminista e as origens da Escola clássica. Tais reivindicações eram pertinentes pela necessidade do direito e da segurança individual:

Orienta-se, nesse sentido, pela exigência de segurança individual contra a arbitrariedade do Príncipe (poder punitivo), e sua preocupação central é instauração de uma regime estrito de legalidade (Penal e Processual Penal) que evite toda incerteza do poder punitivo, ao mesmo tempo em que promova a sua humanização e instrumentalização utilitária.⁶³

Beccaria divide os delitos cometidos contra o Estado e contra o particular dizendo que

há delitos que tendem diretamente à destruição da sociedade ou daqueles que a representam. Outros afetam o cidadão em sua existência, em seus bens ou em sua honra. Outros, por fim, são atos contrários ao que a lei determina ou proíbe, tendo em sua mira o bem público.⁶⁴

A respeito da noção do crime lesa-majestade desenvolvido na idade média, Beccaria separa um pequeno tópico em sua obra. Este trecho revela-se demais importante na medida da crítica à classificação de tal delito:

Os delitos de lesa-majestade foram postos na classe dos grandes crimes, pois são prejudiciais à sociedade. Mas, o despotismo e a ignorância, que confundem as palavras e as idéias mais límpidas, deram esse nome a crimes de natureza inteiramente diferente. Foram aplicados os castigos mais graves a faltas leves; e nessa oportunidade, como em milhares de outras, o homem é com freqüência vítima de uma palavra.⁶⁵

Para Beccaria o crime lesa-majestade é muito difícil de ser verificado de fato porque este pode surgir de interpretações odiosas ou tortuosas, com outros interesses:

Toda espécie de crime é prejudicial à sociedade; porém nem todos os crimes tendem imediatamente a destruir. É necessário considerar as ações morais por seus efeitos e levar em conta o tempo local. Apenas a arte das interpretações odiosas, que é comumente a ciência dos escravos, pode confundir coisas que a verdade eterna separou por seus limites imutáveis.⁶⁶

⁶³ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49-50.

⁶⁴ Id. *ibid.*, p. 72.

⁶⁵ Id. *ibid.*, p. 73-74.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 74.

Clara é a crítica de Beccaria a esta definição de crime. Talvez esta seja a perfeita descrição da situação da política criminal dos nossos dias. Com certeza a crítica de Beccaria demonstra o paradigma que representa o Direito Penal do Inimigo na atualidade. Isso significa que, assim como já no século XVIII, havia os interesses de quem estava no poder corrompendo o verdadeiro significado do Direito Penal como forma de controle social, o mesmo ocorre atualmente.

Se antes a Escola Clássica representava um movimento reformista da justiça penal do antigo regime, depois o classicismo passou a construir a nova conceituação do Direito Penal e do crime.⁶⁷

A Escola clássica, não via no criminoso autor do fato delitivo como centro de sua observação. O fato-crime era o centro do classicismo. Baratta comenta da seguinte maneira:

Quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a “época dos pioneiros” da moderna criminologia, se faz referência a teorias sobre crime, sobre o Direito Penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica.⁶⁸

O crime era considerado um ente jurídico e correspondia a uma violação antes de tudo voluntária⁶⁹. A responsabilidade penal decorria da violação voluntária da norma, resultando com isso que o criminoso não era visto como anormal, ou seja, a diferença do criminoso era somente o desrespeito à lei.⁷⁰

O que se conclui da Escola Clássica e do seu tratamento para com o criminoso, é que ela exerceu uma dura crítica em face da prática penal do antigo regime. Para esta escola o delinquente, mesmo considerado inimigo, tinha que receber o mesmo tratamento dos outros indivíduos. Por isso os primeiros conceitos de legalidade no Direito Penal surgiram da Escola Clássica. Este é o pensamento de Beccaria:

⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 52-53.

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 33.

⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina. *Op.cit.*, p. 55.

⁷⁰ *Id. ibid.*, p. 58.

A primeira conseqüência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. [...] A segunda conseqüência é a de que o soberano, representando a própria sociedade, apenas pode fazer leis gerais, às quais todos devem obediência; não é de sua competência, contudo, julgar se alguém violou tais leis.⁷¹

O Direito Penal do Inimigo ao contrário prevê o tratamento diferenciado entre cidadãos e inimigos. Como foi explicado no primeiro capítulo, o Direito Penal do Inimigo é baseado na periculosidade do agente, por isso ser chamado também de Direito Penal do autor. O que vemos na Escola Clássica é uma negação a esse preceito, como podemos extrair da obra de Baratta:

De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinqüente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado de Direito. [...] Em conseqüência, o Direito Penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim eram assinalados pela necessidade ou pela utilidade da pena e pelo princípio de legalidade.⁷²

Por fim, embora a Escola Clássica utilizasse o Direito Penal como instrumento para defender a sociedade, ela não avançou sobre os direitos dos cidadãos, pelo contrário, expandiu esses direitos através do princípio da legalidade. A Escola Clássica também não fazia distinção entre inimigo e cidadãos, pois o delinqüente não era considerado diferente. O programa clássico era baseado numa noção liberal e bem delimitado de Direito Penal do fato⁷³. As lições Beccaria bem como da Escola Clássica podem ser resumidos pelo seu exposto seguinte:

De tudo o que acaba de ser exposto pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco conforme ao uso, que é o legislador comum dos países: É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das

⁷¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 20.

⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 31.

⁷³ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 59.

penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.⁷⁴

Assim, a Escola Clássica delimita a abrangência de seus estudos e marca de forma irreversível os paradigmas estabelecidos para o estudo do Direito Penal.

2.3.2 Do pensamento da Escola Positiva e de Raffaele Garofalo

A Escola Positiva representa o pensamento reacionário burguês pós Revolução Francesa, ou seja, após a derrubada da estrutura político-jurídica do Estado absoluto. A burguesia tinha a preocupação de manter a ordem imposta e então começa a apontar o intervencionismo.⁷⁵

Com a crise o programa clássico no combate a criminalidade, a Escola Positiva baseia a sua crítica no abandono do social, ou da sociedade em relação ao indivíduo. “a defesa dos Direitos Humanos, protagonizada pelo classicismo, era denunciada como individualismo exacerbado, pelo conseqüente esquecimento da defesa da sociedade”.⁷⁶

Servinskas afirma a Escola Positiva surgiu juntamente com as ciências sociais justificando assim o fato de sua ideologia ser mais preocupada com os aspectos sociais do que com o criminoso. Isto não quer dizer que seu foco de estudo não seja o criminoso, mas que as justificativas e seus princípios sejam os elementos sociais.⁷⁷

Ao contrário da Escola Clássica que tinha como centro o fato-crime, o positivismo conduziu para o centro de suas análises o criminoso⁷⁸. Na lógica classicista o crime era resultado da vontade como explicamos. No entanto, para o positivismo, havia um determinismo para prática de crimes, ou seja:

⁷⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 107.

⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 60.

⁷⁶ Id. *ibid.*, p. 61.

⁷⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

⁷⁸ ANDRADE, Vera Regina. *Op.cit.*, p. 66.

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procura encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo.⁷⁹

A reforma positivista consolidou do Direito Penal do autor em vista do Direito Penal do fato⁸⁰. “Estabelece-se dessa forma, uma linha divisória entre o mundo da criminalidade, composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais, e o mundo da normalidade, representada pela ‘maioría’ na sociedade”.⁸¹

Da busca de compreender o indivíduo criminoso na sua totalidade se desenvolveram três fases da Escola Positiva, tendo como fundador Cesare Lombroso. Ele compunha a fase antropológica que era a primeira fase. A segunda, fase sociológica, foi desenvolvida por Enrico Ferri. Por fim, a fase jurídica é representada por Raffaele Garofalo⁸². No entanto a proposta é de analisar somente a proposta de Garofalo, tomando-o como representante do desenvolvimento da Escola Positiva.

Uma das grandes contribuições de Garofalo segundo Vaccaro foi ter estudado o indivíduo criminoso como sendo uma variedade do *genus homo*⁸³. A obra de Garofalo que representa esse marco é chamada Criminologia. Nela Garofalo buscou saber se havia algum delito punível em todos os tempos e lugares.⁸⁴

Do positivismo e do estudo de Garofalo surgiu o conceito de delito natural, de maneira que o crime passou a ser visto de forma diferente da Escola Clássica. O crime é visto pela Escola Positiva como fato natural e social⁸⁵. “O positivismo opõe a fórmula do crime como fato natural e social, praticado pelo

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 38.

⁸⁰ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71.

⁸¹ Id. *ibid.*, p. 67.

⁸² SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57-59.

⁸³ VACCARO, Michele Angelo (Trad. Henrique de Carvalho). **Origem e funções das escolas penais**. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 169.

⁸⁴ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**. São Paulo: Peritas, 1997, p. 10.

⁸⁵ Id. *ibid.*, p. 10.

homem e casualmente determinado, que expressa a conduta anti-social de uma dada personalidade perigosa do delinqüente”.⁸⁶

A partir da concepção positivista do criminoso nato, parte-se como resposta ao perigo para a sociedade, a defesa social. Esta representa a reação de conservação própria da sociedade organizada⁸⁷. A contribuição de Garofalo é de projetar as concepções criminológicas (antropológicas e sociológicas) ao Direito Penal⁸⁸:

Do entendimento de Garofalo desprende-se que o inimigo para o positivismo era um inimigo pela sua natureza e não um inimigo político como confirma Zaffaroni:

Para o positivismo, o inimigo ou estranho não era alguém assinalado como tal pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo deste modo a existência ôntica do inimigo; o estranho do positivismo não é um inimigo político no sentido de que assume esse caráter em função de um ato de individualização política ou de poder – diferentemente do que Carl Schmitt logo definirá –, mas sim um inimigo ôntico. [...] As expressões mais grosseiras desta teorização da periculosidade é da pretensão de individualização ôntica do inimigo pertencem a Rafael Garofalo, para quem a ciência penal teria por objeto a defesa contra os “inimigos naturais da sociedade” e a indulgência dos magistrados não seria mais que “o triunfo da lógica conseguido às expensas da segurança e da moralidade sociais”⁸⁹

Ontologia se trata da natureza do ser ou do ser enquanto ser⁹⁰. Quando Zaffaroni fala em existência ôntica do inimigo entende-se que o inimigo é inimigo por ser inimigo, ele é porque o é. Garofalo utiliza da teoria da seleção natural de Darwin⁹¹ para justificar o tratamento para com os inimigos, de acordo com Zaffaroni:

Como bom seguidor de Spencer, Garofalo afirmava que a sociedade devia produzir algo equivalente à seleção natural de Darwin e, por conseguinte, os

⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 63-64.

⁸⁷ GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia**. São Paulo: Peritas, 1997, p. 68.

⁸⁸ Id. *ibid.*, p. 69.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 93.

⁹⁰ DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/definicao.php?palavra=ontologia&id=508>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

⁹¹ GAROFALO, Rafaelle. *Op.cit.*, p. 12.

inimigos deviam ser eliminados [...]. Sua definição de inimigo era brutalmente etnocentrista e racista [...]⁹²

Garofalo prevê o tratamento de guerra contra o inimigo, inclusive com pena capital, tanto para o inimigo de outra nação como o chamado por ele de inimigo interno:

Ora, a guerra não é um crime relativamente aos que nela tomam parte, porque tem as aparências de uma necessidade, visando, não a prejudicar a nação, mas a salvá-la da ruína ou da abjeção. O mesmo, aproximadamente, pode dizer-se de uma execução capital; assim como, com a guerra, se defende os inimigos externos, uma nação defende-se com as execuções capitais, dos inimigos internos.⁹³

Os inimigos ou estranhos não só podiam ser aqueles delinqüentes de alta periculosidade, mas de alguma forma se revelavam também na figura dos indesejáveis. Esses indesejáveis eram os que compunham a classe perigosa como vagabundos, prostitutas, ladrões etc.⁹⁴

Lembre-se que a noção do delito delineada por Garofalo nos leva a idéia de uma anomalia do criminoso, o que significa reconhecer a existência de tendências criminosas inatas:

Ora, admitindo mesmo estas limitações, a hereditariedade tem seu lugar marcado no quadro. Com efeito, o delito, tal como expus, é a revelação da falta dessa parte menos elevada, menos sutil e mais comum do senso moral. Não se trata aqui portanto de um fenômeno de sensibilidade: a falta de senso moral rudimentar é um fenômeno orgânico degenerativo ou de reversão. Assim, as tendências e predisposições criminosas devem mais que todas as outras transmitir-se hereditariamente. Se exceções podem imaginar-se a uma lei biológica universal, não é aqui que as encontraremos.⁹⁵

A tradição positivista e todo o teor do discurso garofaliano terminaram por legitimar o radical descuido para com o tratamento diferencial dado ao inimigo pelo Direito Penal. Zaffaroni aponta o seguinte a esse respeito:

A periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou inimigo onticamente reconhecível, provenientes da melhor tradição positivista e mais precisamente garofaliana, cedo ou tarde, devido à sua segurança

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 94.

⁹³ GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia**. São Paulo: Peritas, 1997, p. 43.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). *Op.cit.* p. 94.

⁹⁵ GAROFALO, Rafaelle. *Op.cit.* p. 67.

individualizadora, termina na supressão física dos inimigos. O desenvolvimento coerente do perigoso, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração.⁹⁶

Em seguida, daremos um salto para o século XX. A Europa estava em guerra. Irrompia-se nesse período os governos autoritários com discursos penais de caráter biologista, fruto do positivismo, como o Nazismo, o Fascismo e o Stalinismo⁹⁷. Zaffaroni assim define esse novo panorama:

Embora os discursos destes regimes tenham sido elaborados de acordo com a estrutura inquisitorial, nutriam-se da ideologia proveniente do século XIX, ou seja, da periculosidade, cômjuge inseparável e legítimo do racismo, que seguiu seu destino policial/administrativo, legitimando crimes na medida em que cada autocracia quis levar adiante seus propósitos genocidas, indo inclusive, muito além das próprias leis formais e das racionalizações – ainda que as mais aberrantes – de seus escribas jurídicos e criminológicos.⁹⁸

Nesse momento está traçado o pano de fundo para um dos maiores teóricos do direito moderno. Carl Schmitt foi um dos maiores teóricos da ditadura e do regime de exceção dentro do Direito. A sua visão de que a ordem e a segurança deviam ser frutos de uma decisão soberana, vistas de maneira mais pragmáticas em situações de exceção, bem como sua obra trazendo o antagonismo amigo-inimigo ocupará, mormente, o bojo do próximo capítulo. O objetivo é analisar as teorias de Carl Schmitt e assim descobrir se estas guardam alguma relação com a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, permitindo naturalmente uma conclusão acerca da possibilidade e dos riscos da implementação do Direito Penal do Inimigo.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 104.

⁹⁷ Id. *ibid.*, p. 53.

⁹⁸ Id. *ibid.*, p. 54.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: UM RETORNO A CARL SCHMITT?

3.1 Por que Carl Schmitt?

Da forma com que conduzimos o capítulo anterior, mostrando as origens remotas do fenômeno do Direito Penal do Inimigo que posteriormente seria teorizado por Günther Jakobs, chegamos aos períodos entre-guerras e aos regimes totalitários. O Direito Penal nos tempos do nacional-socialismo, baseado no tratamento diferencial ao estranho ou inimigo, foi resultado das teorias positivistas de periculosidade. Além dessas características, o Direito Penal nacional-socialista trouxe o anti-semitismo.⁹⁹

Mas por que estudar Carl Schmitt? E qual a sua relação com o Direito Penal do Inimigo? Em uma visita ao Brasil, o jurista italiano Luigi Ferrajoli foi indagado sobre o Direito Penal do Inimigo, e em sua resposta logicamente prevaleceu a sua posição humanística do direito, no entanto ele afirmou que curiosamente os estudiosos e os partidários do Direito Penal do Inimigo nunca remontavam claramente a principal fonte das suas idéias que é Carl Schmitt. Ferrajoli ressaltou ainda a sua “honestidade intelectual” dizendo que Schmitt não utiliza de eufemismos e que chama as coisas por seu próprio nome.¹⁰⁰

Carl Schmitt foi um dos maiores defensores do poder ilimitado do Estado nas situações extremas (estado de exceção), crítico da democracia representativa, combatente incansável do liberalismo e do normativismo.

Embora fosse marginalizado entre os pensadores por ter feito parte do partido de Hitler, a própria teórica política belga Chantal Mouffe, considera grande superficialidade desconsiderar Carl Schmitt apenas pela sua adesão ao Partido

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.104-105.

¹⁰⁰ UNIBLOG. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.uniblog.com.br/criticajuridica/191916/ferrajoli-e-a-critica-ao-%E2%80%9Cdireito-penal-do-inimigo%E2%80%9D.html>>. Acesso em 18 ago. 2009.

Nacional Socialista¹⁰¹. Por tantos motivos parece clara a importância de seus estudos, e importante mais ainda para o estudo do Direito Penal do Inimigo que se revela como um estado de exceção justificado pela preservação da ordem e segurança.

A obra de Carl Schmitt passou a ser objeto de estudo menos preconceituoso somente depois da sua morte. Até então Schmitt era somente tachado de pensador ultraconservador, de nazista e de defensor do totalitarismo. De fato Schmitt fez parte do partido nazista de 1933 a 1936 contribuindo como um dos maiores teóricos da ditadura e do estado de exceção¹⁰². Mas o que fez com que o movimento estudantil dos anos 60 despertasse a atenção para sua obra foi a complexa forma de análise e argumentação da mesma.

O que se pretende nesse derradeiro capítulo é analisar as teorias de Carl Schmitt sobre Soberania, estado de exceção e a distinção amigo-inimigo. Para tal tomaremos para o estudo a Teologia Política (1922) e a obra O Conceito do Político (1927). A investigação a seguir se detém em analisar até que ponto a Teoria do Direito Penal do Inimigo representa uma completa tomada das idéias de Carl Schmitt e se esta forma de direito pode ser concebida no atual Estado Democrático de Direito.

3.2 O inimigo na teoria política de Carl Schmitt

Com o intuito de melhor organizar as idéias aqui expostas e deixar claro o fim que se deseja, optamos por começar esta derradeira parte deste trabalho monográfico partir da obra O Conceito do Político (1927) e somente depois com Teologia Política (1922). Embora aquela seja posterior a esta, desejamos mostrar na obra de Schmitt preliminarmente a distinção amigo-inimigo, delimitando seu espaço no político, para depois vermos a questão do estado de exceção que se dirige especialmente ao inimigo enquanto ameaça.

¹⁰¹ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>. Acesso em 18 ago. 2009.

¹⁰² CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES. João Pessoa, 2009. Disponível em: <www.cchla.ufpb.br/saeculum/saeculum12_art06_rodrigues.pdf>. Acesso em 22 set. 2009.

3.2.1 O antagonismo político e a invenção do inimigo

De acordo com Carl Schmitt raramente se pensa numa definição clara e distinta do político. Ele defende que muitas vezes é usado o conceito de político apenas como uma antítese negativa, como contraposição negativa de algo e que normalmente confunde-se o político com o Estado, o que não é sensato.¹⁰³

A partir desse fundamento Schmitt vai buscar um meio claro de definição do político. Schmitt é muito perspicaz ao notar que várias áreas de conhecimento se dão partir de uma determinação conceitual determinada por categorias, ou critérios, próprios e peculiares. Ele fornece os exemplos mostrando que o bom e o mal estão para a moral assim como o belo e o feio estão para estética e assim como o rentável e o não rentável estão para a economia.¹⁰⁴

Além disso, Schmitt sugere que estas distinções peculiares também ao podem ser semelhantes ou análogas e sim autônomas, de maneira que identifiquem apenas o político. Deste pressuposto surge a distinção especificamente política de Carl Schmitt que culmina na invenção do inimigo. Segundo o autor:

A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo. Ela fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou especificação de conteúdos. Na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições: bom e mau, o moral; belo e feio, no estético etc. Em todo caso ela é independente, no sentido de um novo âmbito próprio, mas na maneira em que não se fundamenta nem em alguma das demais oposições, nem tampouco em várias delas, e nem a elas pode ser reportada. Se a contraposição de bom e mau não é simplesmente idêntica à de belo e feio ou útil e prejudicial e não pode ser imediatamente a elas reduzida, então, menos ainda pode a contraposição de amigo e inimigo ser confundida ou misturada com uma das demais.¹⁰⁵

Este é apenas a distinção específica do político. Depois Schmitt chega ao conceito do político defendendo que a partir do grau de associação ou dissociação se determina o espaço do político e o seu conceito. De acordo com a intensidade da associação ou dissociação gera-se a possibilidade limite de guerra.

¹⁰³ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 44.

¹⁰⁴ Id. *ibid.*, p. 51.

¹⁰⁵ Id. *ibid.*, p. 51-52.

Segundo o historiador Bernardo Ferreira, “essa hostilidade se incorpora aos próprios conceitos políticos e estes adquirem a sua razão de ser por estarem referidos um contexto polêmico e por terem em sua mira um adversário”.¹⁰⁶

Aos poucos vamos notando traços do que chamamos de Direito Penal do Inimigo, não só pela distinção amigo e inimigo, mas pelo caráter da sua distinção, seja esta em razão da hostilidade e a possibilidade de guerra. Portanto notemos nas próprias palavras de Schmitt a distinção amigo-inimigo e a sua justificativa lógica:

A diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode, teórica ou praticamente, subsistir, sem a necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, éticas, econômicas, ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa, não precisa ser esteticamente feio; não tem que surgir como concorrente econômico, podendo talvez até mostrar-se proveitoso fazer negócio com ele. Pois ele é justamente o outro, o estrangeiro, bastando a sua essência que, num sentido particularmente intensivo, ele seja existencialmente algo outro ou estrangeiro de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral previamente estipulada, nem pelo veredicto de um terceiro “desinteressado”, e, portanto, “imparcial”.¹⁰⁷

Essa questão sobre a decisão do conflito e a possibilidade real de guerra será abordada quando formos analisar o estado de exceção e a teoria decisionista de Schmitt. Mas o que não pode passar despercebido neste momento é o elemento racista da teoria de Schmitt. Schmitt deixa claro quem é o inimigo e ao fazê-lo deixa claro também um caráter racista e anti-semitista. O inimigo não é só o estrangeiro, mas sim “o outro”. E “o outro” pode ser indivíduos de outra religião ou simplesmente indivíduos de time de futebol rivais. Tudo depende da intensidade do grau de associação ou dissociação. Daí podermos falar que o Direito Penal do Inimigo, em boa parte, é fruto do racismo e da desconfiança em relação ao outro, ao diferente. Vejamos essa questão de racismo e anti-semitismo de Schmitt segundo os comentários do historiador Cândido Moreira Rodrigues:

A questão do anti-semitismo no pensamento schmittiano foi objeto de vários estudos, entre eles o de Jean-Luc Evard. [...] Para Evard, em Schmitt o judeu é visto como um agente de subversão substancialmente estranho

¹⁰⁶ FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004, p. 38.

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 52.

[étranger] ao povo alemão. “Estranho às ciências jurídicas, à Alemanha, ao Ocidente (ou seja, para Schmitt, à catolicidade: à Roma como nome próprio e genérico da união das igrejas cristãs-paulinas instituídas em nome da “fé” contra a lei”. Em razão disso, compreende-se o porquê de sua crítica ao parlamentarismo voltar-se contra teóricos do direito público - onde não esquece jamais de sublinhar a posição dos mesmos como estranhos à “tradição alemã”, já que são de origem judia (Kelsen, Laban...) - , e imputar à tradição “judia” a responsabilidade de ter introduzido na teoria do direito os fermentos de sua “decomposição liberal”.¹⁰⁸

Deste trecho de Cândido Moreira não custa salientar que, de fato, Carl Schmitt foi um pensador anti-liberal. Schmitt concentra sua crítica ao liberalismo, ao parlamentarismo e à democracia moderna sustentando primeiramente o fato de “o liberalismo ter compactuado com os sistemas parlamentares e ter feito da indecisão uma virtude política”¹⁰⁹, sendo que Schmitt defendia a decisão como conceito de soberania. A segunda crítica parte do pressuposto de que a democracia só seria possível se esta tivesse homogeneidade. Isto significa que para que houvesse homogeneidade seria necessário a eliminação total do heterogêneo, que podemos entender como o diferente ou o inimigo. Observemos como ficam claros os elementos do Direito Penal do Inimigo quando Cândido Moreira explica o conceito de homogeneidade de Schmitt, mesmo sem mencionar o Direito Penal do Inimigo propriamente dito:

[...] no pensamento schmittiano a força política de uma democracia se evidenciaria na medida em que ela mantivesse “à distância” ou afastasse tudo que fosse “estranho e diferente” ou que, a seu ver, representasse uma “ameaça à homogeneidade”. Daí concluir que não se tratava “no caso da igualdade, de uma brincadeira abstrata, lógico aritmética, mas sim da própria substância de igualdade” que poderia ser encontrada em “qualidades físicas e morais” como, por exemplo, nas do povo alemão.¹¹⁰

Esse aniquilamento do heterogêneo, do diferente, do inimigo, é fundamentadamente exposto no Conceito do Político de Schmitt.

3.2.2 O fundamento antropológico para a coroação do inimigo

Carl Schmitt fundamenta e justifica a existência do inimigo, no que segundo ele é praxe das teorias políticas, na distinção antropológica de bem e mau. Schmitt explica da seguinte forma:

¹⁰⁸ CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES. João Pessoa, 2009. Disponível em: <www.cchla.ufpb.br/saeculum/saeculum12_art06_rodrigues.pdf>. Acesso em 22 set. 2009.

¹⁰⁹ Id. ibid.

¹¹⁰ Id. ibid.

Eu já mostrei várias vezes que principalmente a oposição das teorias assim chamadas autoritárias e anarquistas se deixa reduzir a esta fórmula. Uma parte das teorias e construções que pressupõem desta maneira o homem como “bom” é liberal e dirigida de maneira polêmica contra a interferência do Estado, sem ser propriamente anarquista. No anarquismo declarado fica claro, sem mais, quão estreitamente a fé na “bondade natural” está ligada à negação do Estado, um aspecto segue do outro e ambos se apóiam mutuamente. Para os liberais, ao contrário, a bondade do homem não significa nada mais do que um argumento com ajuda do qual o Estado vem a ser colocado ao serviço da “sociedade”, exprime portanto apenas que a “sociedade” tem sua ordem em si mesma e que o Estado é apenas um subalterno.¹¹¹

A partir da distinção antropológica de bem e mau Schmitt chega à conclusão de que o homem deve ser considerado “mau” por natureza, como vemos no trecho a seguir:

Resta portanto a constatação estranha, e para muitos seguramente inquietante, de que todas as autênticas teorias políticas pressupõem o homem “mau”, isto é, consideram-no como um ser dinâmico e “perigoso” e jamais não-problemático. É fácil de provar isto em cada pensador especificamente político. Por mais diferentes que possam ser estes pensadores quanto à espécie, ao nível ou à importância histórica, na concepção problemática da natureza humana todos eles estão de acordo na mesma medida em que mostram como pensadores especificamente políticos. Basta nomear aqui os nomes de Maquiavel, Hobbes, Bossuet, Fichte (logo que ele esquece seu idealismo humanitário), de Maistre, Donoso Cortês, H. Taine; e também Hegel que, todavia também aqui ocasionalmente mostra sua característica bifronte.¹¹²

Carl Schmitt era católico e também simpatizava os pensamentos dos filósofos do Estado contra-revolucionários, daí sua menção a Bonald, de Maistre e o espanhol Donoso Cortês. De acordo com Schmitt, Donoso Cortês “defendia que o homem era mal e pecador por natureza, de modo que a vitória do mal era óbvia e natural e só um milagre conseguiria afastá-la”¹¹³. Por isso Cândido Moreira diz que Donoso Cortês via a ditadura não só como uma necessidade política, mas como teológica, pelo fato de estar em jogo a salvação da humanidade.¹¹⁴

Concluimos, portanto, que, a construção conceitual antropológica de que o homem é “mau” por natureza é defendida por Schmitt como justificativa da distinção amigo e inimigo. Dessa forma:

¹¹¹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 87.

¹¹² Id. *ibid.*, p. 88.

¹¹³ CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES. João Pessoa, 2009. Disponível em: <www.cchla.ufpb.br/saeculum/saeculum12_art06_rodrigues.pdf>. Acesso em 22 set. 2009.

¹¹⁴ Id. *ibid.*

Pensamento político e instinto político se comprovam portanto teórica e praticamente na capacidade de diferenciar amigo e inimigo. Os pontos culminantes da grande política são ao mesmo tempo os momentos em que o inimigo vem a ser visto e concreta nitidez como inimigo.¹¹⁵

3.2.3 Guerra como fenômeno da hostilidade

Quando Carl Schmitt propõe a distinção amigo-inimigo, ele não está figurando ou utilizando uma forma de expressão para designar o conceito do político. Ele mesmo afirma não tratar-se de metáforas ou símbolos. Schmitt diz que “os conceitos de amigo e inimigo devem ser em seu sentido concreto e existencial”¹¹⁶ e vai além pra dizer que:

Eles não constituem contraposições normativas nem “puramente espirituais”. O liberalismo procurou, a partir de seu típico dilema entre espírito e economia, reduzir o inimigo a um concorrente, na perspectiva da economia, e a um oponente de discussões, na perspectiva do espírito.¹¹⁷

Portanto, a distinção amigo e inimigo assume para Schmitt o sentido real e concreto da possibilidade de guerra física. Ele afirma que é impossível negar que a formação da maioria dos povos e das nações se deu segundo o antagonismo amigo-inimigo.¹¹⁸

Já dissemos que para Schmitt o inimigo é o outro, o diferente. Mas o inimigo não é simplesmente um adversário particular, mas sim um inimigo público conforme podemos ver a seguir:

O inimigo, portanto, não é o concorrente ou o adversário em geral. O inimigo também não é o adversário particular, que odiamos por sentimentos de antipatia. Inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, combatente, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo público, pois tudo que refere a tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isto, público. Inimigo é *hostis*, e não *inimictus* no sentido lato; *polémios*, não *ekhthros*.¹¹⁹

A esse respeito, Bernardo Ferreira reforça que o inimigo político assume, em primeiro lugar, o caráter público, portanto:

¹¹⁵ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 93-94.

¹¹⁶ Id. *ibid.*, p. 54.

¹¹⁷ Id. *ibid.*, p. 54.

¹¹⁸ Id. *ibid.*, p. 54.

¹¹⁹ Id. *ibid.*, p. 55.

Para Schmitt, o antagonismo entre amigo e inimigo possui um caráter público. Trata-se de uma contraposição que opõe coletividades e não adversários privados. O inimigo político é em primeiro lugar um inimigo público, e a hostilidade em relação a ele não precisa se manifestar sob a forma de ódio privado. Sendo assim, as motivações do conflito político devem ser pensadas em termos de sua natureza pública, ou seja, as razões da luta política devem ser buscadas naquilo que opõe os grupos humanos como coletividades.¹²⁰

Não obstante, Schmitt afirma que o político não se caracteriza somente pela associação ou dissociação entre amigo e inimigo e sim pelo grau de intensidade da distinção amigo e inimigo¹²¹. A partir deste princípio é que Schmitt afirma então que “o antagonismo político é a mais intensa e extrema contraposição e qualquer antagonismo concreto é tanto mais político, quanto mais se aproximar do ponto extremo, do agrupamento amigo-inimigo”.¹²²

Carl Schmitt reconhece que o agrupamento amigo-inimigo pode surgir de Estado para com outro Estado, bem como de um grupo de indivíduos para com outros indivíduos dentro de um mesmo Estado, o que é a guerra civil. Ele diz que basta a possibilidade real de guerra, “pois ao conceito de inimigo corresponde no âmbito do real a eventualidade de uma luta”.¹²³

A perspectiva de guerra como caso limite, resultado do antagonismo amigo-inimigo é bem esclarecida pelos comentários de Bernardo Ferreira. Ele explica que a posição adotada por Schmitt parte do pressuposto que só se consegue chegar ao conceito do político se considerá-lo ao extremo, como vemos a seguir:

A perspectiva de guerra é a perspectiva do “caso de exceção”. Ela oferecia um ponto de vista privilegiado, a partir do qual seria possível vislumbrar no não cotidiano, no não corriqueiro o que está verdadeiramente em jogo no cotidiano e no corriqueiro. Quando Schmitt remete os antagonismos políticos à possibilidade extrema de guerra, ele procura pensar a normalidade da vida política a partir de uma ótica radical, que seria capaz de por em evidência o que está frequentemente oculto pela experiência rotineira. Trata-se, enfim, de um procedimento metodológico, de uma construção intelectual, que parte da premissa de que o “núcleo das coisas”

¹²⁰ FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004, p. 41.

¹²¹ Id. *ibid.*, p. 41.

¹²² SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 55-56.

¹²³ Id. *ibid.*, p. 58.

somente se torna manifesto para quem o considera a partir de uma posição extrema.¹²⁴

Schmitt leva não só o conceito de inimigo a sua concretude, mas também o de guerra. Não se trata de uma guerra espiritual, mas sim de uma guerra física com a possibilidade real da morte violenta. Como já dissemos não precisa ser uma guerra entre Estados, mas pode ser também uma guerra civil. Vejamos como Schmitt descreve a possibilidade de guerra como essência do político e a eliminação física do inimigo:

Guerra é a luta armada entre duas unidades políticas organizadas, guerra civil, a luta armada no interior de uma unidade organizada (que com isso torna-se problemática). O essencial no conceito de arma reside no fato de tratar-se de um meio de eliminação física de pessoas. Da mesma forma que a palavra inimigo, a palavra luta deve aqui ser compreendida no sentido e sua originariedade ontológica. Não significa concorrência, nem luta “puramente espiritual” da discussão, nem o “combate” simbólico, que enfim cada pessoa, de certo modo, sempre está a travar simplesmente por que toda a vida humana não passa de uma “luta”, e cada ser humano, de um “lutador”. Os conceitos de amigo, inimigo e luta adquire seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade real de aniquilamento físico. A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ontológica do outro ser. A guerra é apenas a realização extrema da inimizade. Ela não carece de ser algo cotidiano, algo normal, nem precisa ser compreendida como algo ideal ou desejável, contudo precisa permanecer presente como possibilidade real, enquanto o conceito de inimigo tiver sentido.¹²⁵

Outra vez notamos conceitos muito claros do Direito Penal do Inimigo. O da negação ontológica do ser, por exemplo. O inimigo deixa de ser pessoa, a sua personalidade é desconsiderada em razão da sua posição de inimigo. Outro aspecto é a necessidade da eliminação física do outro. O passo seguinte à desconsideração da personalidade do inimigo é a sua eliminação em razão da periculosidade permanente oferecida. Ora, se a sua periculosidade é constante, deve-se concluir então que este inimigo é assim determinado por propiciar as condições intensas de luta ou guerra permanente. Conclui-se desse trecho, mais uma vez, que Carl Schmitt está quase que diretamente descrevendo os conceitos da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

¹²⁴ FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004, p. 40.

¹²⁵ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 58-59.

Schmitt defende que sua proposição quanto a permanente possibilidade de guerra como essência do conceito do político não se trata de uma posição belicista, militarista, imperialista ou pacifista. Ou seja, Schmitt não defende que a guerra deva ser defendida ou que o politicamente certo fosse evitar a mesma. Ele não faz um juízo de valor, apenas faz uma constatação da própria realidade. Independente da vontade e dos desejos pessoais, o político se revela na possibilidade real e constante da guerra.¹²⁶

Não obstante, a guerra não desempenha o papel finalístico ou objetivo do político. Schmitt deixa claro que a guerra é somente um pressuposto perene da eventualidade de guerra “a determinar o agir e o pensar humanos de modo peculiar, efetuando assim um comportamento especificamente político”.¹²⁷

A coerência de Carl Schmitt também pode ser vista na negativa da possibilidade real da guerra. Ele supõe analogicamente um mundo sem a possibilidade de guerra, o que levaria conseqüentemente ao fim do político. Schmitt expõe dessa forma:

Um mundo no qual estivesse completamente afastada a possibilidade de tal confronto, um globo terrestre finalmente pacificado, seria um mundo sem distinção entre amigo e inimigo e, conseqüentemente, um mundo sem política. Poderiam nele existir muitos contrastes, talvez muito interessantes, concorrências e intrigas de toda sorte, mas logicamente não haveria qualquer oposição com base na qual se pudesse pedir das pessoas o sacrifício de suas vidas e se permitisse às pessoas o derramamento de sangue e a morte de outras. Também aqui não interessa à determinação conceitual do político se ansiamos ou não por tal mundo sem política como situação ideal. O fenômeno do político apenas pode ser compreendido mediante a referência à real possibilidade do agrupamento amigo-inimigo, independentemente do que daí decorre para a apreciação religiosa, moral estética, econômica do político.¹²⁸

Novamente o que faz Schmitt não passa de uma constatação lógica. Mesmo tratando-se da negativa da existência da essência do conceito do político, a possibilidade de guerra, chega-se a mesma conclusão de que não há espaço par o político se não houver possibilidade de um combate. Para o autor, não é qualquer oposição ou intriga que derive o agrupamento amigo-inimigo que possa ser

¹²⁶ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 59.

¹²⁷ Id. *ibid.*, p. 60.

¹²⁸ Id. *ibid.*, p. 61.

chamada de guerra, logo, com força política. Schmitt explica isso da seguinte maneira:

A guerra, enquanto o meio político mais extremo, revela a possibilidade, subjacente a toda a concepção política, desta distinção entre amigo e inimigo. Destarte, ela apenas tem o sentido enquanto esta distinção estiver realmente presente ou for ao menos realmente possível na humanidade. Em contrapartida, uma guerra travada por motivos “puramente” religiosos, “puramente” morais, “puramente” jurídicos ou “puramente” econômicos seria um contra-senso. Não se pode, a partir das oposições específicas destas áreas da vida humana, derivar um agrupamento amigo-inimigo nem, por conseguinte, uma guerra. Uma guerra não precisa ser nem algo piedoso, nem moralmente bom e nem algo rentável; hoje, provavelmente, ela não é nada disso. Esta simples constatação geralmente é confundida pelo fato de que oposições morais, religiosas e outras podem elevar-se à condição de oposições políticas e provocar o agrupamento de luta entre amigo e inimigo. Chegando-se a este agrupamento de combate, porém, a oposição determinante deixa de ser puramente religiosa, moral ou econômica, e passa a ser política. A questão que resta, neste caso, é sempre apenas acerca da possibilidade ou presença real de tal agrupamento amigo-inimigo, independentemente dos motivos humanos capazes de provocá-lo.¹²⁹

Podemos considerar este trecho o ponto central do discurso de Schmitt capaz de justificar ou legitimar o Direito Penal do Inimigo. Schmitt diz que basta a o agrupamento amigo-inimigo com a possibilidade extrema de guerra, independente dos motivos humanos capazes de provocá-lo¹³⁰. Portanto não resta a menor dúvida de que uma sociedade possa se dividir entre um grupo de indivíduos de bem, cidadãos, e um grupo de indivíduos determinados por princípio a práticas de crimes, inimigos de forma a apresentar a constante possibilidade de conflito e guerra física em razão de periculosidade e risco à vida também constante.

Esta conclusão se torna ainda mais clara, e evidente, se pensarmos que a sociedade formada por cidadãos de bem e o governo se organizam, inclusive belicamente, para o combate contra o grupo de inimigos, que são os criminosos principiologicamente afastados das normas do estado. Ou seja, teoricamente o grupo dos “cidadãos de bem” tem uma posição pacifista, no sentido de evitar a violência e a guerra, ou, dito de outro modo, buscar de todos os modos a paz social para os seus integrantes.

Carl Schmitt expõe exatamente esta noção neste trecho:

¹²⁹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 61-62.

¹³⁰ Id. *ibid.*, p. 62.

Nada pode escapar a esta conseqüência do político. Se a oposição pacifista contra a guerras tornasse tão intensa a ponto de que os pacifistas pudessem travar uma guerra contra os não-pacifistas, numa “guerra contra a guerra” comprovar-se-ia com isto, que ela realmente tem força política, por ser suficientemente forte para agrupar os homens em amigos e inimigos. Se a vontade de impedir a guerra for tão intensa, a ponto de não mais temer a própria guerra, ela se terá transformado justamente num motivo político, ou seja, a guerra e até mesmo o sentido desta. Atualmente esta parece ser uma espécie bastante promissora de justificação das guerras. A guerra desenrola-se, então, a cada vez na forma de “derradeira guerra da humanidade”. Tais guerras têm de ser particularmente intensivas e desumanas porque ultrapassando o político, ao mesmo tempo degradam o inimigo em categorias morais e outras precisam transformá-lo num monstro desumano que não só precisa ser combatido, mas definitivamente aniquilado que, portanto, deixa claro de ser um inimigo que deve ser rechaçado de volta às suas fronteiras.¹³¹

A preocupação final que se segue é a da soberania e da decisão que resolve no caso limite quem é o inimigo a ser combatido. Como bem ilustra a analogia de Schmitt do soldado e do político, “Na guerra os adversários geralmente defrontam-se abertamente como tais, normalmente até caracterizados por um “uniforme”, de modo que a distinção entre amigo ou inimigo deixa de ser um problema político que tivesse que ser resolvido pelo soldado em combate”.¹³² Schmitt diz que o Estado é quem determina no caso real quem é o inimigo:

Ao Estado como uma unidade essencialmente política pertence o *jus belli*, isto é, a possibilidade real de, num dado caso, determinar, em virtude de sua própria decisão, o inimigo, e combatê-lo. Com que meios técnicos a luta será travada, que organização das forças armadas existe, quais são as perspectivas de vencer guerra, é aqui indiferente, enquanto o povo unido politicamente estiver pronto a lutar por sua existência e sua independência, sendo que ele mesmo determina, em virtude de sua decisão própria, em que consiste sua independência e sua liberdade.¹³³

O poder de fazer guerra e dispor abertamente sobre a vida dos homens pertence ao Estado enquanto unidade política organizada¹³⁴. Acontece que os limites jurídicos podem se perder, pois a guerra pode muitas vezes não distinguir os inimigos e a população civil, uma vez que os inimigos se encontram infiltrados na população civil.

¹³¹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 62.

¹³² Id. *ibid.*, p. 60.

¹³³ Id. *ibid.*, p. 71.

¹³⁴ Id. *ibid.*, p. 72.

No tópico final será abordada a decisão que possibilita o estado de exceção segundo as teorias de Carl Schmitt. A decisão define quem é o inimigo e a possibilidade da guerra como caso limite, ou excepcional.

3.3 Do decisionismo schmittiano ao Estado total

A obra intitulada Teologia Política (1922) de Carl Schmitt é um clássico do pensamento político e expõe de maneira definitiva o pensamento deste que é um dos principais teóricos do estado moderno. O livro de 1922 divide-se em quatro capítulos, sendo os dois primeiros dedicados à definição de soberania e a aplicação do seu conceito na prática, e os dois capítulos derradeiros expõem a teoria de que todos os conceitos usados pela moderna ciência política são conceitos teológicos secularizados.

Neste trabalho monográfico serão abordados principalmente os dois primeiros capítulos, pois a abordagem dos dois últimos capítulos da obra demandaria maior aprofundamento em outra teoria, que é a teologia política em si, uma vez que se faz necessário maior delimitação do tema investigado.

Logo no início da obra Schmitt afirma que soberano é quem decide sobre o estado de exceção¹³⁵. Ele diz que este conceito não se refere ao caso normal, mas sim a um caso limítrofe, ou seja, é um conceito da esfera extrema. Schmitt explica assim:

[...] deve-se entender, sob estado de exceção, um conceito geral da teoria do Estado, mas não qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio. O fato de o estado de exceção ser adequado, em sentido eminente, para a definição jurídica de soberania, possui um motivo sistemático, lógico-jurídico. A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de que um caso real, excepcional.¹³⁶

A definição de Schmitt, portanto, de que o soberano é quem decide sobre o estado de exceção, surge como posição oposta a uma doutrina jurídica que

¹³⁵ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

¹³⁶ Id. *ibid.*, p. 7.

se pode chamar de normativismo. A obra *Teologia Política* é a definitivamente a contestação das teorias normativistas ou formalistas de Kelsen e de Krabbe:

Wolin aponta Schmitt como o arquétipo do anti-normativismo alemão nos anos 20 e classifica seus escritos deste período como um ataque direto ao “normativismo” de Hans Kelsen [...], portanto, é o não normativismo que caracteriza o pensamento schmittiano após a Primeira Guerra mundial e o que explica sua “obsessão” de um “estado de exceção”.¹³⁷

Krabbe desenvolveu uma doutrina da soberania do Direito sobre o Estado. A doutrina dele tem raiz comum a Kelsen. Para Krabbe há uma mudança no Estado Moderno em que “a concepção pessoal e subjetiva de soberania, segundo a qual esta deveria residir na pessoa que detém o poder de decretar a lei” passa para “uma concepção impessoal e objetiva, segundo a qual a soberania deveria residir na própria lei”.¹³⁸

Schmitt expõe Krabbe dessa forma:

A idéia moderna de Estado coloca, segundo Krabbe, um poder intelectual no lugar de um poder pessoal (do rei, da autoridade). “Agora não vivemos mais sobre o domínio de pessoas, sejam elas pessoas naturais ou (jurídicas) construídas, mas sob o domínio de normas, poderes intelectuais”.¹³⁹

A posição de Krabbe se dá em razão do receio de houvesse espaço para uma autoridade tirânica, como bem explica o português Alexandre Franco de Sá:

Assim, ao determinar a soberania do direito, contrapondo-a à soberania daquele que tem o poder de decretar esse mesmo direito, a preocupação do normativismo de Krabbe é a de evitar a vinculação do poder soberano ao plano de uma vontade subjetiva e arbitrária, livre de vínculos e de determinações. O fundamento da preocupação de Krabbe é facilmente compreensível. Se a soberania fosse atribuída a uma pessoa, ela residiria na autoridade de um soberano situado num plano anterior e superior ao da própria lei, na autoridade de um soberano cuja vontade não poderia deixar de ser, independente das qualidades subjetivas do seu caráter, uma vontade essencialmente tirânica. A soberania consistiria então num arbítrio desvinculado e, conseqüentemente, na possibilidade de uma autoridade pessoal relativizar, abolir ou suspender as normas que dela emanam. É

¹³⁷ CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES. João Pessoa, 2009. Disponível em: <www.cchla.ufpb.br/saeculum/saeculum12_art06_rodrigues.pdf>. Acesso em 22 set. 2009.

¹³⁸ DE SÁ, Alexandre Franco. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2009, p. 8.

¹³⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22.

neste sentido que a soberania se determinaria como a possibilidade de, diante da lei, decidir uma exceção à norma que por ela constituída.¹⁴⁰

O normativismo de Kelsen propõe uma libertação de toda contaminação sociológica e empírica que possa haver para com os conceitos jurídicos, de forma a construir uma acepção “puramente normativista”¹⁴¹. Se Krabbe determinava o Estado Moderno pela soberania do Direito, Kelsen determinava a soberania da ordem jurídica, a lei pura, sem espaço para subjetividade e arbitrariedade do poder de uma pessoa.

Tanto a posição de Krabbe como a de Kelsen convergem para a limitação do poder estatal. Por isso Schmitt afirma que “todas as tendências do desenvolvimento jurídico-estatal moderno conduzem à eliminação do soberano”.¹⁴²

Portanto, Schmitt recusa a viabilidade da proposta normativista. Ele diz que tal proposta pensa o Direito de modo puramente abstrato ignorando a aplicação a situação concreta. A esse respeito Alexandre de Sá se manifesta assim:

A posição normativista corresponderia então à tentativa de pensar o direito sem a efetivação do direito: e um tal direito permaneceria como algo puramente ideal, como algo não apenas situado fora do plano da existência, mas despojado de força ou, o que aqui é o mesmo, a decisão que, aplicando-o a uma determinada situação, lhe poderia atribuir efectividade. Por outras palavras, um tal direito puramente ideal seria, uma vez despojado de qualquer contato com a realidade efectiva, um puro e simples nada.¹⁴³

Essa constatação é a conclusão de Schmitt. Este é o fundamento de existir um soberano que possa decidir no caso concreto e na situação limite, e, portanto, dar efetividade a norma. Schmitt diz que este soberano tem a função de *auctoritatis interpositio*:

O fato de a idéia jurídica não poder aplicar-se por si mesma, resulta que ela não dispõe sobre quem deve aplicá-la. Em toda transformação há uma *auctoritatis interpositio*. Uma determinação distintiva sobre que pessoa individual ou que instância concreta pode exigir para si tal autoridade, não

¹⁴⁰ DE SÁ, Alexandre Franco. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2009, p. 8.

¹⁴¹ Id. *ibid.*, p. 9.

¹⁴² SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

¹⁴³ DE SÁ, Alexandre Franco. *Op.cit.*, p. 10.

pode ser extraída da mera qualidade jurídica de um princípio. Essa é a dificuldade constante ignorada por Krabbe.¹⁴⁴

Schmitt pensa o Direito, então, a partir da sua efetivação. Ele pensa num poder capaz de decidir a aplicação da lei. Pois se a lei pura e simples é despojada de força, essa mesma lei precisa de um poder capaz de aplicá-la. A teoria decisionista de Schmitt se refere a essa eterna remissão da norma a autoridade com poder de aplicá-la¹⁴⁵. É esse o argumento de Schmitt contra o normativismo.

Somente em um ponto Schmitt concorda com o normativismo, que é a racionalidade do direito:

Assim o que separa Schmitt da posição do normativismo não é aquilo a que se poderia chamar o estatuto do direito enquanto norma essencialmente racional, ou seja, enquanto norma que não pode deixar de ser essencialmente distinta do decreto emanado de uma mera vontade que ocasionalmente tem o poder de “ditar” a lei. Pelo contrário: partilhando com o normativismo a intenção de assegurar ao direito a sua essencial racionalidade, Schmitt contesta não esta exigência de racionalidade do direito, mas a conclusão normativista de que uma tal exigência implicaria imediatamente uma abordagem da lei como essencialmente desvinculada da decisão que a efetiva.¹⁴⁶

Resta claro, então, que se há a posição normativista de Kelsen e Krabbe, a posição de Schmitt é decisionista. Se o normativismo busca frear o poder do Estado, pondo-lhe limites por meio da lei pura, o decisionismo busca justificar o poder ilimitado do Estado soberano.

Schmitt assinala Thomas Hobbes como representante clássico do tipo decisionista¹⁴⁷. Na visão de Schmitt Hobbes é responsável pela radical antítese autoridade versus verdade:

Com a sua oposição entre verdade e autoridade, Hobbes recusa qualquer critério que limite a pura decisão do soberano que estabelece a lei. Para Hobbes, a ordem jurídica é determinada não a partir de uma “verdade” subjacente a essa mesma ordem, não a partir da “verdade” de uma ordem inscrita na natureza, prévia à decisão soberana e sua orientadora na instauração do estado civil, mas a partir a pura “autoridade” daquele que a

¹⁴⁴ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29.

¹⁴⁵ DE SÁ, Alexandre Franco. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2009, p. 11.

¹⁴⁶ Id. *ibid.*, p. 13-14.

¹⁴⁷ Id. *ibid.*, p. 31.

decide. Assim, na perspectiva de Hobbes, é a própria decisão soberana que estabelece o critério que determina o seu conteúdo.¹⁴⁸

A decisão, então, é que decide o que é justo ou injusto. Dessa forma deveria haver uma justificativa racional para a defesa de uma autoridade soberana com poderes ilimitados. “Ela consiste na garantia de que os indivíduos membros de um determinado Estado escapem ao pior dos males possíveis: a insegurança e à previsibilidade de uma morte violenta na anarquia de uma ‘guerra de todos contra todos’”.¹⁴⁹

Alexandre de Sá diz então que, a assunção de Schmitt a Hobbes indica que ele adota a mesma justificativa de Hobbes ara o poder ilimitado, uma vez que sem esse poder, “a vida dos indivíduos estaria num risco permanente”¹⁵⁰. Não somente os indivíduos estariam em risco, mas a própria existência do Estado. Ocorrendo esse risco Schmitt deixa claro que o Estado deve prevalecer sobre o Direito, e que aqui está o lugar da exceção, na auto-conservação do Estado:

Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz. Os dois elementos do conceito de “ordem jurídica” defrontam-se e comprovam sua autonomia conceitual. Assim como no caso normal, o momento autônomo da decisão pode ser repellido a um mínimo; no caso excepcional, a norma é aniquilada.¹⁵¹

Toda a teoria decisionista de Schmitt tem a ver com o Direito Penal do Inimigo na razão em que o justifica como medida extrema, ou exceção à lei, por fazer *jus* à segurança dos indivíduos membros do Estado e à própria conservação do Estado como unidade política. Bem como o Direito Penal do Inimigo leva o estado total, ou seja, com poderes ilimitados, o decisionismo de Schmitt também conduz a um soberano que pode tudo contra todos, não só contra os inimigos.

¹⁴⁸ DE SÁ, Alexandre Franco. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2009, p. 23-24.

¹⁴⁹ Id. *ibid.*, p. 24.

¹⁵⁰ Id. *ibid.*, p. 24-25.

¹⁵¹ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

Toda a teoria de Schmitt defende o estado com poderes ilimitados tratamento diferenciado para os inimigos. Tal configuração não coaduna com o estado democrático de direito, pois este jamais prevê a supressão de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos sejam inimigos ou não. O Direito Penal do Inimigo existe sim, enquanto fenômeno, mas para que haja um estado democrático de direito deve-se afastar qualquer traço de Direito Penal do Inimigo, pois este representa uma ameaça não apenas aos inimigos, mas a todos os cidadãos.

Na medida em que se justifica uma ação sem limites contra inimigos abre-se brecha para a tirania e regressão do Direito Penal garantista, deixando muito mais delicada a situação daqueles que realmente precisam de segurança, os cidadãos. Além disso, deve-se reconhecer que o inimigo não é um inimigo natural, mas sim um construto para justificar o poder punitivo:

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda a história real do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*.¹⁵²

Portanto torna-se claro o quão arriscado seja permitir poderes sem limites para que o Estado discrimine, quem na oportunidade seja visto comopositor ou mero incômodo, de acordo com seus próprios interesses. O Direito Penal do Inimigo não representa garantia de sucesso para o tratamento de um inimigo, muito menos oferece a segurança aos cidadãos, motivo ao qual foi teoricamente invocado. Por fim resta que a questão de permitir ou não o Direito Penal do Inimigo se trata de permitir a supressão de direitos de toda a população e não só dos inimigos, uma vez que o Estado elege seus inimigos de acordo com o interesse do momento, levando com isso a uma maior insegurança aos cidadãos.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 82.

CONCLUSÃO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi exposta pela primeira vez por Günther Jakobs. Com os atentados de 11 de setembro de 2001, surgiu mais uma vez a discussão sobre políticas criminais destinadas a certos inimigos da ordem e da segurança do Estado. Ao fazer uma análise do inimigo na história, no entanto, observou-se que este fenômeno não é tão novo, ao contrário, encontra vários precedentes históricos.

Ao analisar a Escola Penal Clássica viu-se que esta representou a reivindicação da época por maior segurança individual, ou seja, garantia de uma série de direitos básicos como a proporcionalidade da pena e o princípio da legalidade. Já na Escola Positiva, constatou-se que o exercício do poder punitivo sempre buscou diferenciar o inimigo e legitimar a sua eliminação. A justificativa sempre foi a condição ôntica de periculosidade, ou seja, a incapacidade natural de oferecer segurança frente aos seus atos. Desta maneira desconsiderou-se a personalidade destes indivíduos retirando-lhes os direitos de cidadão.

Surgiu os governos autoritários com discursos penais frutos do positivismo. Dentro do nazismo aparece Carl Schmitt. Com certeza a teoria política desenvolvida por Carl Schmitt legitima o tratamento diferenciado do inimigo, demonstram-se políticas anti liberais. Na atualidade podemos verificar importantes traços dessas políticas, representadas na maioria das vezes pelo Direito Penal simbólico, expansão do Direito Penal ou Direito Penal de diversas velocidades. Seja como for, tudo se resume no Direito Penal do Inimigo, que se desenvolveu desde muito antes e, sobretudo, teve em Schmitt um construto teórico mais significativo.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo representa uma retomada das idéias de Carl Schmitt. O problema de adotar tal política é que para que haja inimigos tem-se que identificá-los e é justamente nisso que repousa uma preocupação, a possibilidade do estado limitar os direitos e garantias individuais de todos os cidadãos com a desculpa de perseguir e eliminar os inimigos. Dessa forma

o que está em jogo com a aceitação ou contensão do Direito Penal do Inimigo são os direitos e garantias de todos os cidadãos.

Não obstante, parece óbvio o risco de incrementar o poder punitivo do Estado de maneira a exercer maior controle sobre toda a população com a justificativa de neutralizar um inimigo não identificável a princípio. Além disso, ao admitir o Direito Penal do Inimigo, põem-se por terra todo o Estado Democrático de Direito, pois enquanto política é inadmissível juridicamente, uma vez que representa uma versão atualizada do conceito de inimigo traçado durante toda a história do exercício do poder punitivo do Estado.

Como conclusão, não resta dúvida que os conceitos do Direito Penal do Inimigo remontam quase que diretamente às teorias de Carl Schmitt. Admitir o Direito Penal do Inimigo não é uma postura muito prudente, pois uma vez permitido incidirá não somente sobre os direitos dos chamados inimigos, mas sim sobre toda a população desenvolvendo uma maior insegurança. A evocação de um estado de emergência visa justificar o exercício do poder punitivo sem limites, deixando claro que este estado de emergência nada tem a ver com o estado de sítio constitucional. Para Schmitt a exceção torna-se regra uma vez que esta não tem limites. Uma vez no Estado Democrático de Direito, é impossível, por princípio, a recepção do Direito Penal do Inimigo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio (trad. Henrique Burigo). **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ANDRADE, Vera Regina. **A Ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>. Acesso em 18 ago. 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

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

BÍBLIA SAGRADA.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. *in*: **Revista dos Tribunais**, ano 96, volume 862, agosto de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES. João Pessoa, 2009. Disponível em: <www.cchla.ufpb.br/saeculum/saeculum12_art06_rodrigues.pdf>. Acesso em 22 set. 2009.

CORREIO BRAZILIENSE. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20021003/pri_tem_031002_228.htm>. Acesso em: 09 fev. 2009.

DARL RI JÚNIOR, Arno. **O estado e seus inimigos**: a repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DE SÁ, Alexandre Franco. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: LusoSofia, 2008.

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/definicao.php?palavra=ontologia&id=508>. Acesso em: 05 jun. 2009.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia**. São Paulo: Peritas, 1997.

JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio (org. e trad. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José). **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTÍN, Luis Garcia (trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho). **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA UNICOC. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/Artigos.asp?IDMenu=8>. Acesso em: 29 jan. 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

STONE, I. F. (Trad. Paulo Henriques Britto). **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

UNIBLOG. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.uniblog.com.br/criticajuridica/191916/ferrajoli-e-a-critica-ao-%E2%80%9Cdireito-penal-do-inimigo%E2%80%9D.html>. Acesso em 18 ago. 2009.

VACCARO, Michele Angelo (Trad. Henrique de Carvalho). **Origem e funções das escolas penais**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Trad. LAMARÃO, Sérgio). **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul (trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição). **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.