

# **DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DICOTOMIA CIDADÃO VERSUS INIMIGO E A EXCEÇÃO DO POVO**

## **DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: LA DICOTOMÍA CIUDADANA VERSUS ENEMIGO Y LA EXCEPCIÓN DEL PUEBLO**

*Clara Skarlleth Lopes de Araújo\**<sup>1</sup>

*Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho\**<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo propõe-se a analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo, através da dicotomia Cidadão *versus* Inimigos, como manifestação do Estado de Exceção permanente. Nesse sentido, parte-se da abordagem dos precedentes e das características dessa teoria para, posteriormente, relacioná-la com os elementos característicos do Estado de Exceção e, por fim, apresentar as suas consequências práticas. Dessa abordagem, verifica-se que, a partir das lições desenvolvidas pelo autor alemão Gunther Jakobs, de fundamental proteção da normalidade do sistema e da necessidade de implementação de uma segurança geral, surgem os elementos essenciais para o desenvolvimento do conceito de Direito Penal do Inimigo, surgindo como um meio de “cuidar” daquele considerado infiel ao sistema. O autor alemão afirma, ainda, que, em decorrência disso, haveria nitidamente a necessária separação entre dois tipos básicos de indivíduos: os cidadãos e os inimigos, o que levaria, consequentemente, à existência de dois tipos de Direito Penal. Assim, tomando como base essas duas realidades antagônicas existentes, o Direito somente regularia as relações entre cidadãos. Os “inimigos”, em contrapartida, estariam excluídos dessa relação, pelo fato de não serem titulares de direitos e deveres. Em síntese, apenas a relação entre cidadão poderia ser considerada jurídica, a relação do inimigo, por sua vez, não poderia ser considerada do mesmo modo, por estar baseada principalmente na coação. Observa-se que o Direito Penal do Inimigo utiliza-se da imposição de medo e terror, colocando em voga um sentimento de insegurança coletivo responsável por legitimar e disseminar o entendimento segundo o qual a sociedade em geral está correndo riscos e, em virtude disso, é necessário que os responsáveis, ou seja, os “inimigos”, sejam identificados e extintos para garantir o bem geral. Feitas tais considerações elementares, mostra-se evidente a conclusão de que o Direito Penal do Inimigo constitui uma materialização do Estado de Exceção como paradigma de governo, uma vez que favorece e legitima a supressão e relativização de direitos e garantias constitucionais no âmbito material e no âmbito processual, despersonalizando o indivíduo e fundamentando a aplicação de um Direito Penal autoritário e discriminante, que identifica o autor pelo que ele representa e não pelo que praticou.

**Palavras-Chave:** Direito Penal do Inimigo. Dicotomia. Estado de Exceção.

---

\*<sup>1</sup> Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA) – E-mail: claraskarlleth@hotmail.com

\*<sup>2</sup> Professor Mestre em Dedicação exclusiva do Departamento de Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA) – E-mail: djamiro.acipreste@urca.br

## RESUMEN

El presente estudio se propone analizar la teoría del Derecho Penal del Enemigo, a través de la dicotomía Ciudadano versus Enemigos, como manifestación del Estado de Excepción permanente. En este sentido, se parte del enfoque de los precedentes y de las características de esta teoría para posteriormente relacionarla con los elementos característicos del Estado de Excepción y, por último, presentar sus consecuencias prácticas. De este enfoque, se desprende que, a partir de las lecciones desarrolladas por el autor alemán Gunther Jakobs, de fundamental protección de la normalidad del sistema y de la necesidad de aplicación de una seguridad general, surgen los elementos esenciales para el desarrollo del concepto de Derecho Penal del Enemigo, surgiendo como un medio de "cuidar" de aquel considerado infiel al sistema. El autor alemán afirma, además, que, en consecuencia, habría nítidamente la necesaria separación entre dos tipos básicos de individuos: los ciudadanos y los enemigos, lo que llevaría en consecuencia a la existencia de dos tipos de Derecho Penal. Así, tomando como base esas dos realidades antagónicas existentes, el Derecho solamente regularía las relaciones entre ciudadanos. Los "enemigos", en contrapartida, estarían excluidos de esa relación, por el hecho de no ser titulares de derechos y deberes. En síntesis, sólo la relación entre ciudadano podría considerarse jurídica, la relación del enemigo, a su vez, no podía ser considerada del mismo modo, por estar basada principalmente en la coacción. Se observa que el Derecho Penal del Enemigo se utiliza de la imposición de miedo y terror, poniendo en boga un sentimiento de inseguridad colectiva responsable de legitimar y diseminar el entendimiento según el cual la sociedad en general está corriendo riesgos y, en virtud de ello, es necesario que los responsables, es decir, los "enemigos", sean identificados y extinguidos para garantizar el bien general. En el caso de que el derecho penal del enemigo constituye una materialización del Estado de Excepción como paradigma de gobierno, una vez que favorece y legitima la supresión y relativización de derechos y garantías constitucionales en el ámbito material y en el marco en el ámbito procesal, despersonalizando al individuo y fundamentando la aplicación de un derecho penal autoritario y discriminante, que identifica al autor por lo que él representa y no por lo que practicó.

**Palabras clave:** Derecho Penal del Enemigo. Dicotomía. Estado de Excepción

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Penal do Inimigo como manifestação do Estado de Exceção permanente e das consequências práticas que a adoção dessa teoria pode desencadear, mostra-se de fundamental importância, uma vez que a disseminação desse instituto ameaça, além de todo um rol de garantias conquistadas por meio de muitas lutas, a própria existência dos indivíduos.

No presente estudo, como forma de analisar essa problemática, iniciaremos realizando uma abordagem acerca dos precedentes teóricos e estruturais do instituto. Em seguida, analisaremos a dicotomia apresentada por Gunther Jakobs, entre cidadãos e inimigos, o que levaria a existência de dois tipos de Direito Penal, que, tomando como base essas duas realidades antagônicas existentes, defenderia que o Direito somente regularia as relações entre

cidadãos. Os “inimigos”, em contrapartida, estariam excluídos dessa relação, pelo fato de não serem titulares de direitos e deveres.

Abordaremos, ainda, os elementos característicos do Estado de Exceção como paradigma de governo com a finalidade de identificar de que forma o Direito Penal do Inimigo pode ser caracterizado dentro desse instituto, e com isso, analisar de forma crítica as consequências práticas na realidade social.

## **2 PRECEDENTES**

Durante a evolução dos estudos da dogmática penal, algumas teorias surgiram na tentativa de compreender os mais diversos institutos do Direito Penal e o seu desenvolvimento histórico. Verificou-se nesses estudos a existência de concepções clássicas, que, em síntese, entendiam o crime como uma manifestação exclusiva do livre arbítrio do indivíduo; concepções positivas, que baseavam seus entendimentos em conceitos advindos de ciências naturais, chegando, inclusive, em uma de suas fases, a entender que o criminoso tinha pré-disposições genéticas que o tornavam um agente delituoso em potencial; e concepções mais direcionadas ao entendimento do crime como um fenômeno eminentemente jurídico, sem qualquer influência de outros saberes que não fossem exclusivamente técnicos-jurídicos.

Em síntese, observa-se que tais teorias buscavam alinhar o Direito Penal aos entendimentos que estava em vigor em cada período específico, os quais influenciavam diretamente a compreensão do que viriam a ser as bases desse ramo de estudo.

Dentro desse contexto, desenvolveram-se, ainda, Sistemas Penais que tinham como finalidade básica compreender, de um modo amplo e geral, a estrutura dos principais institutos do direito penal e delinear os caminhos seguidos por eles. Foi dentro dessa perspectiva que se desenvolveu o que, para alguns doutrinadores, seria um movimento e para outros seria uma teoria, denominada de Funcionalismo.

O Funcionalismo, como o próprio nome sugere, tem como propósito responder a grande indagação acerca da finalidade do Direito Penal, através da análise de qual seria a sua função, ou seja, parte-se da indagação “para que serve o Direito Penal?” e não mais “o que é o Direito Penal?”. Para os autores defensores do Funcionalismo, portanto, o conceito de crime, a figura do criminoso e o próprio conceito de pena estariam diretamente relacionados com a

função do Direito Penal. Assim, identificando-se tal função, poderiam ser delineados os contornos elementares desse institutos essenciais ao entendimento da Ciência do Direito Penal.

Esse movimento ou teoria busca, dessa forma, um entendimento pautado na realidade concreta, não se limitando a meras abstrações. Busca, por conseguinte, reformular a teoria do crime com base em parâmetros políticos-criminais.

Trata-se de uma metodologia que, marcada pela preocupação pragmática e tida como reação à excessiva abstração do finalismo, em especial ao seu ontologismo, pretende orientar a dogmática penal segundo as funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a. (MORAES, 2008, p. 101)

Para uma melhor compreensão, é importante destacar que o Funcionalista pode ser compreendido sob duas vertentes, quais sejam, o funcionalismo teleológico ou moderado e o funcionalismo sistêmico ou radical. A primeira vertente, que teve como maior defensor Claus Roxin, compreendia que a função do Direito Penal seria a proteção de bens jurídicos considerados essenciais, dessa forma o crime poderia ser entendido como a violação dos bens jurídicos mais importantes; o criminoso, por sua vez, seria aquele indivíduo responsável por praticar essa conduta violadora e a pena seria uma resposta estatal ao ato de violar os bens jurídicos essenciais.

Já para a segunda vertente, defendida pelo autor alemão Gunther Jakobs e diretamente influenciada pela Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, a função do Direito Penal seria assegurar a vigência e o império da norma e, conseqüentemente, do sistema. Não teria, portanto, relação direta com a violação de bens jurídicos essenciais, e sim, com aquelas condutas ou comportamentos que, de alguma forma, pudessem colocar em risco a vigência e a normalidade do sistema.

Depreende-se do conceito, que o delito passa a ser uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto constitui a expressão simbólica da falta de fidelidade ao Direito. Dessa forma, Jakobs trata o Direito Penal a partir da configuração da sociedade, e a expressão simbólica referida fará estremecer a confiança institucional, sendo a pena, por sua vez, uma expressão simbólica oposta à representada pelo crime. (MORAES, 2008, p. 134-135)

Com base em tais orientações, a pena assumiria um caráter de prevenção geral positiva e constituiria uma necessidade do sistema em estabilizar os anseios da sociedade. Depreende-se que, para Jakobs, a pena não se destinaria ao infrator, como forma de puni-lo ou como forma de evitar a prática de novos delitos (caráter retributivo); pelo contrário, destinar-se-ia aos membros da coletividade enquanto potenciais vítimas, por meio da valoração positiva da fidelidade ao direito.

Com a adoção da prevenção geral positiva em detrimento da prevenção especial, ocorre a legitimação de uma postura mais intimidatória ou, até mesmo, mais vingativa, uma vez que baseia-se em mecanismos de proteção da coletividade em detrimento dos indivíduos, inculpidos não no medo da cominação de uma pena mas na tranquilidade advinda do regular andamento do sistema, que mesmo tendo sido afetado pela prática de um delito, voltou à normalidade pela aplicação da reprimenda.

Além de tais concepções teóricas, algumas mudanças estruturais podem ser observadas na atual conjuntura do Direito Penal como precedentes de desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo. Nesse contexto, pode-se destacar, inicialmente, a construção dos modelos societários atuais, baseados em uma maior intensificação das situações de risco e na tutela de bens jurídicos que outrora não estavam inseridos no rol de proteção do Direito Penal.

Para Manuel Cancio Meliá, tais mudanças estruturais constituiriam duas abordagens essenciais, as quais ele denomina de “direito penal simbólico” e o “ressurgir do punitivismo”. Para o autor, a discursão direta desses dois fenômenos, proporciona uma visão mais completa e efetiva dessas novas direções do Direito Penal.

Inicialmente, analisando a perspectiva do Direito Penal Simbólico, observa-se a sua manifestação prática através da falsa sensação de tranquilidade embasada pela criação de novos tipos penais. Verifica-se que, diante do apelo midiático e da crescente sensação de insegurança por parte da coletividade, o Legislativo, e no caso brasileiro, também o Judiciário, utilizam suas funções típicas como meios de criar novos tipos penais ou como formas de enrijecer as reprimendas já postas e, com isso, repassar uma ilusória impressão de controle, quando, na verdade, observa-se um maior agravamento das bases do problema.

Ademais, como, na prática, tais medidas não se mostram eficazes, além da criação de novos tipos e do aumento das penas, há uma medida ainda mais gravosa, qual seja, o desenvolvimento de um Direito Penal com a finalidade identificar um certo tipo de autor, em detrimento do fato.

Observa-se, ainda, que o simbolismo está intimamente ligado ao ressurgimento do punitivismo, estando ambos intimamente interligados. O punitivismo surge como uma ideia de que é cada vez mais necessário o aumento quantitativo das punições, como uma forma de resolver os conflitos que se impõem.

Tomando como base um contexto mais amplo, nota-se uma relação direta dessas mudanças apresentadas com a ocorrência de atentados, dentre os quais destaca-se o ocorrido no dia 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, o qual introduziu uma mudança de entendimento sobre a necessidade de traçar novos olhares sobre a antecipação de medidas assecuratórias.

Os avanços tecnológicos também estão na dianteira nesse processo, uma vez que permitem a existência de condutas altamente lesivas e, na maioria das vezes, sem a possibilidade de identificação de seus autores. Sem mencionar a probabilidade de atingir sujeitos ativos em larga escala, o que acaba justificando a adoção de medidas mais drásticas, formando aquilo que podemos denominar de institucionalização da insegurança.

As novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual. A sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de ‘sociedade de risco’. (MORAES, 2008, p. 26)

Dentro dessa linha de raciocínio, tomando como base as proposições de Jakobs, no sentido de privilegiar o respeito à normalidade do sistema e a aplicação de uma prevenção geral no seu aspecto positivo, somadas às diversas modificações concretas sofridas pelo Direito Penal ao longo do anos, findou-se por constituir as bases para o desenvolvimento da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Portanto, as características da sociedade pós-moderna, as novas demandas alçadas ao Direito Penal, o incremento do risco e da sensação de insegurança que, acentuados pelo papel da mídia e da opinião pública, buscam soluções exclusivamente junto ao Direito Penal, traçam o panorama da dogmática criminal da modernidade. Pautada pela hipertrofia legislativa muitas vezes irracional e pela criação de tipos e de instrumentos processuais que cada vez mais se distanciam do modelo clássico, a dogmática penal mais recente revela

uma política criminal que, há algum tempo, Jakobs denominou criticamente de ‘Direito Penal do Inimigo’. (MORAES, 2008, p. 153)

Assim, sob a perspectiva de Meliá, interpretando os conceitos desenvolvidos por Jakobs, constata-se que o Direito Penal, sob o enfoque da proteção da sociedade contra os inimigos, tem como objetivo precípua desenvolver uma visão prospectiva do ordenamento jurídico, ou seja, utilizando-se como ponto de referência um fato futuro que poderá vir a violar um bem juridicamente protegido pelo Direito Penal. Tal perspectiva é totalmente oposta ao que é buscado habitualmente, na qual se busca adotar uma perspectiva retrospectiva, que tem como ponto de referência um ato já cometido e sobre o qual recairá uma sanção penal. Assim, o Direito Penal deixa de ser entendido como *ultima ratio* e passa a manifestar-se como a primeira linha de atuação do Estado.

### **3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DICOTOMIA ENTRE CIDADÃOS E INIMIGOS**

Como exposto, verifica-se que a partir das lições desenvolvidas por Jakobs, de fundamental proteção da normalidade do sistema e da necessidade de implementação de uma segurança geral, surgem os elementos essenciais para o desenvolvimento do conceito de Direito Penal do Inimigo, surgindo como um meio de “cuidar” daquele considerado infiel ao sistema.

Esse indivíduo infiel ao sistema seria taxado como “inimigo”, ou seja, aquele indivíduo que se desvia das normas postas e é incapaz de dar garantias suficientes de que não irá colocar a coletividade em situação de risco. Assim, em virtude dessa situação de ameaça, a intervenção do Estado contra esses inimigos mostra-se necessária e urgente.

Para Jakobs, o desenvolvimento dessa figura e as medidas intervencionistas por parte do Estado seriam essenciais, uma vez que aquele indivíduo que se desvia do que a norma e o sistema impõem, é destituído da sua condição de pessoa e, diante do risco que representa, deve ter a sua condição de cidadão negada, devendo ser combatido como um verdadeiro inimigo.

O autor alemão afirma, ainda, que, em decorrência disso, haveria nitidamente a necessária separação entre dois tipos básicos de indivíduos: os cidadãos e os inimigos, o que levaria, consequentemente, à existência de dois tipos de Direito Penal.

Haveria, dessa forma, o Direito Penal do Cidadão, que seria destinado àqueles indivíduos que cumprem as normas e não violam os tipos penais incriminadores, sendo, portanto, merecedores dos títulos de cidadania e civilismo. Além de abarcar os cidadãos, esse Direito Penal destinar-se-ia, ainda àqueles indivíduos que viessem a cometer pequenos deslizes de natureza leve, os quais não seriam suficientes para retirar o seu *status* de cidadão.

E o Direito Penal do Inimigo que, em contrapartida, seria direcionado aos delinquentes, ou seja, aqueles indivíduos que desrespeitam as normas e findam por efetivamente afetar a ordem social e violar as regras do sistema ou, ainda, aqueles que possivelmente poderão vir a cometer delitos graves.

Assim, tomando como base essas duas realidades antagônicas existentes, o Direito somente regularia as relações entre cidadãos. Os “inimigos”, em contrapartida, estariam excluídos dessa relação, pelo fato de não serem titulares de direitos e deveres. Em síntese, apenas a relação entre cidadão poderia ser considerada jurídica, a relação do inimigo, por sua vez, não poderia ser considerada do mesmo modo, por estar baseada principalmente na coação.

Nesse sentido, Jakobs preceitua que:

(...) quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é o Direito também a respeito daquele apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 49-50)

Além dos fundamentos advindos das modificações estruturais sofridas pelo Direito Penal, Gunther Jakobs utilizou fundamentos filosóficos retirados de concepções jusnaturalistas, para respaldar os conceitos de sua teoria, dentre as quais merecem destaque as de autores como Rousseau, Kant e Hobbes.

Baseado em tais concepções Jakobs fundamentou que, a partir do momento em que o indivíduo comete um crime, viola o contrato e não mais se inclui nele. Dessa forma, aquele que abandona ou trai o Estado, por meio do cometimento de um crime, nega a sua condição de cidadão e perde os seus direitos mínimos, passando a viver em um estado de completa ausência de direitos.

Com isso, fundamenta-se uma falsa apresentação de que existe harmonia na coexistência entre os conceitos de cidadão e inimigo, por vezes, disseminando-se uma visão romântica de que a adoção de tais conceitos conduziria a uma suposta regularidade social.

No entanto, a prática demonstra que não existe essa harmonização, uma vez que a dicotomia Cidadão *versus* Inimigo põe em risco a própria razão de ser do Estado, fundamentada na existência de um conjunto composto pelo povo e não na divisão entre “amigos” e “inimigos”. Dessa forma, seria contraditório legitimar a adoção desses conceitos, visto que o poder emana do povo e não deve ser utilizado para segregar grupos, privilegiando um determinado seguimento e perseguindo indiscriminadamente outro.

#### **4 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

A noção básica de que o Estado de Exceção se exterioriza através de uma supressão momentânea da ordem democrática em situações expressamente previstas no texto constitucional de determinado país, prevendo hipóteses excepcionais, inesperadas e imprevisíveis em que serão autorizadas as supressões de direitos fundamentais dos cidadãos, sob o fundamento de salvaguardar o Estado e a ordem vigente, nos remonta a um conceito de Estado de Exceção Legal, no entanto, esse instituto vai além de um instrumento jurídico previsto no ordenamento para normatizar e regular determinadas situações de anormalidades temporárias enfrentadas pela sociedade.

Observamos que a visão de que o instituto é um mero dispositivo legal a ser aplicado em contextos de crise nos é apresentada como exclusiva, e revela um interesse em mascarar a sua real aplicação nas democracias atuais. Constata-se, na realidade, que a utilização dessa medida excepcional tem se mostrado cada vez mais corriqueira no contexto político, confirmando a sua adoção como paradigma de governo.

Nesse sentido, para Agamben, o Estado de Exceção deixa de ser apenas uma medida excepcional e passa a ser constituído como um paradigma de governo, dado que deixou de ser utilizado mediante a estrita observância de seus requisitos específicos, quais sejam, a absoluta necessidade e o caráter temporário, para ser utilizado como regra na atuação política dos governos.

A história posterior do estado de sítio é a história de sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra à qual estava ligado na origem, para ser usado em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas, passando, assim, de efetivo ou militar a fictício ou político. (AGAMBEN, 2004, p. 16)

Domenico Losurdo corrobora com o entendimento de Agamben quando afirma que é possível se observar, de forma frequente, a transformação da normalidade em estado exceção. Dessa forma, presencia-se, cada vez mais, a imposição de limitações rigorosas aos direitos constitucionais fundamentais dos indivíduos sob a justificativa de garantir o bem comum e o regular funcionamento da estrutura estatal.

Nesse sentido, constata-se que o entendimento a respeito do Estado de Exceção passa essencialmente pela análise da relação entre norma e exceção, uma vez que a situação excepcional não conduz a uma negação total do ordenamento posto, mas na verdade, ela encontra fundamento na própria norma suspensa, sob a alegação de ser uma realidade necessária para a sua própria manutenção.

Feitas tais considerações elementares, mostra-se evidente a conclusão de que o Direito Penal do Inimigo constitui uma materialização do Estado de Exceção como paradigma de governo, uma vez que favorece e legitima a supressão e relativização de direitos e garantias constitucionais, despersonalizando o indivíduo e fundamentando a aplicação de um direito penal autoritário e discriminante.

Observa-se que o Direito Penal do Inimigo utiliza-se da imposição de medo e terror, colocando em voga um sentimento de insegurança coletivo responsável por legitimar e disseminar o entendimento segundo o qual a sociedade em geral está correndo riscos e, em virtude disso, é necessário que os responsáveis, ou seja, os “inimigos”, seja identificados e extintos para garantir o bem geral.

Diante dessa imposição do medo, o Estado passa a agir preventivamente no intuito de identificar esses indivíduos e aplica sobre eles as penalidades decorrentes dos seus atos potencialmente lesivos, sob a alegação de necessidade de preservação do sistema e da vida dos cidadãos.

Nesse ponto específico, voltamos ao que dispõe Agamben acerca do conceito de Estado de Exceção. Segundo o autor italiano, para que exista uma situação de exceção é necessário que exista anteriormente um Poder Soberano que decida sobre ela e que tenha como justificativa o estabelecimento da distinção entre “amigo” / “inimigo”, ou seja, da população

que deve ser protegida em detrimento daqueles que devem ser excluídos. O presente entendimento é disseminado como uma forma de justificar a implantação da política de exceção e busca estabelecer a exclusão e a neutralização daqueles que são considerados “inimigos” por meio de uma união entre aqueles que desejam eliminá-los.

O Poder Soberano só recebe a incumbência de decidir sobre a adoção das medidas excepcionais sobre a figura dos inimigos porque encontra-se ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico, caso contrário não poderia atuar pois estaria restrito ao que o direito dispõe.

Nesse sentido, o Soberano (no nosso caso materializado na figura do Estado) é colocado em uma posição fundamental, pois seria ele o responsável por salvar o ordenamento jurídico, mesmo que para isso fosse obrigado a adotar a política de exceção, a qual mantém uma íntima relação com a norma, visto que surge como a própria suspensão desta. Portanto, diante de uma situação de anormalidade, é fundamental que exista uma decisão soberana para garantir a volta à normalidade das relações da vida.

E como o Poder Soberano identificaria os “inimigos”? Por meio de uma decisão meramente subjetiva. Assim, verifica-se que a missão de identificar os “inimigos” e aplicar sobre eles as restrições previstas parte exclusivamente do juízo feito por quem exerce o poder. Dessa forma, cabe ao detentor do poder, baseado em sua íntima vontade e entendimento, identificar o grau de periculosidade do “inimigo”, fazendo recair sobre ele as restrições que advém dessa condição.

O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos dissidentes ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 23).

Partindo dessa perspectiva, observa-se que a adoção e legitimação desse modelo na prática, pode autorizar a utilização do Direito Penal como um instrumento de coação desmedido e direcionado e um meio legalizado de perseguição aos inimigos do poder posto.

Dando continuidade à análise dos elementos essenciais à caracterização do Estado de Exceção, elencados por Giorgio Agamben, outro conceito essencial a ser apresentado é o de *homo sacer*. Tal denominação é o contrário daquilo que o termo sugere, uma vez que ser *homo*

*sacer* não é uma honraria, caracteriza, na verdade, um efetivo banimento. Tal figura é apresentada por Agamben como a personificação do Estado de Exceção e da relação de controle do Poder Soberano sobre os indivíduos.

Sobre a sua figura recai uma dicotomia caracterizada pela exclusão/inclusão: ele é excluído da realidade política por sua vida não merecer importância e, como consequência disso, sua morte não é caracterizada como homicídio, desde que esta não seja rodeada de elementos religiosos, oportunidade em que merecerá condenação pela sua sacralização e, consequentemente, terá a sua inclusão determinada.

Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma de matabilidade. *A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra.* (AGAMBEN, 2002, p. 90)

A figura do *homo sacer* é, dessa forma, rodeada de contradições, pois como já foi exposto, sobre o mesmo recai uma espécie de proteção pela sua caracterização como um ser sacro e ao mesmo tempo uma exclusão, “no caso do *homo sacer* uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina.” (AGAMBEN, 2002, p. 89).

Tomando como base os conceitos apresentados, notamos de que forma a relação entre Poder Soberano e *homo sacer* (vida sacra) se efetiva. Observamos que o Soberano distorce a realidade sobre a existência de uma situação legal de excepcionalidade e adota a política do Estado de Exceção como paradigma de governo, sob o fundamento de preservação da ordem, quando na verdade, o seu interesse real é estabelecer uma forma de controle efetivo sobre a vidas dos indivíduos considerados *homines sacris*, ou seja, aqueles indivíduos considerados “inimigos”.

Constata-se, portanto, que a relação entre Poder Soberano e vida nua é o fundamento do Estado de Exceção. O Soberano cria a situação de exceção para justificar a apreensão da vida nua utilizando-se, para tanto, da própria ordem jurídica e política. Em razão da existência do *homo sacer*, nasce a necessidade de o Poder Soberano impor meios de controlar esses corpos, e a autorização para que ele exerça tal controle é encontrada no próprio sistema. Assim, a decisão soberana transforma-se em fundamento político e jurídico determinante de quem será incluído ou excluído da exceção.

Na esfera penal, observa-se a disseminação do medo e do terror, causadores da elevada sensação de insegurança como meio de justificar a existência de situações excepcionais, as quais necessitariam de intervenções mais efetivas por parte do Estado. No entanto, o que se constata, na prática, é a transformação de situações excepcionais em regra e a permanência desse contexto para autorizar a tomada de certas medidas drásticas.

Assim, observa-se que, por vezes, a situação de emergência sequer existe efetivamente na prática, e por outras, existe mas é moldada aos interesses daqueles que querem invoca-las como justificativa para a adoção de medidas intervencionistas mais severas.

Zaffaroni explica que essa realidade não é exclusiva dos dias atuais. Assim dispõe o autor:

Talvez os teóricos tenham caído, até certo ponto, na negação do fenômeno de endurecimento das legislações penais sancionadas por causa ou a pretexto de situações de emergência, até que a realidade legislativa alcançou um ponto que impedia qualquer mecanismo de fuga. O certo, porém, é que a invocação de emergências justificadoras de Estado de exceção não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se na exceção perpétua – tendo sido, amplamente superadas pela legislação de segurança latino-americana. (ZAFFARONI, 2007, p. 14)

Quando se analisa a seara de aplicação do Direito Penal do Inimigo, observa-se que a teoria busca justamente autorizar e legitimar essa atuação do Estado sobre a vida dos indivíduos vistos como “inimigos”. Com base em tal preceito, a pena de morte de um desses criminosos não seria considerado um homicídio, mas um ato de segurança.

Com base nessa ideia, Jakobs afirma que não seria correto condenar a sua teoria sobre o Direito Penal do Inimigo, pois a base de tais formulações encontra-se fincada na ideia de que, caso o Estado não punisse aqueles que ameaçam a segurança coletiva, poria em risco o direito à segurança de um número indeterminado de pessoas. E complementa, argumentando que não há como proteger aqueles que se auto excluem de uma situação de proteção que é dada pelo ordenamento jurídico.

Observa-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo manifesta-se como uma legislação de emergência e que toda a exclusão inerente a ela encontra-se autorizada pela

própria norma, sendo todo o tratamento diferenciado imposto aos “inimigos” amplamente legitimados pela própria sociedade.

## **5 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONSEQUENTE NEGAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O Direito Penal pode ser compreendido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político por meio do qual um Estado soberano organiza as relações entre os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, e da forma como exerce o seu poder sobre eles.

Nesse sentido, conforme preceitua César Roberto Bittencourt em seu “Tratado de Direito Penal”, este ramo do Direito pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, materializando-se como um instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção democrática de Estado, estruturando-se como um meio de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade.

Tomando como base tais perspectivas apresentadas e baseando-se na ordem político-jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem maiores dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna.

Significa, em apertada síntese, a submissão do exercício do *ius puniendi* estatal ao império da lei, ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, e tendo como finalidade principal a proteção de bens jurídicos fundamentais, visando o alcance de uma justiça equitativa.

No entanto, o que se observa atualmente, no âmbito do Direito Penal, em especial no Brasil, com a disseminação da teoria do Direito Penal do Inimigo, é uma constante negação ao Estado Democrático de Direito, pois as consequências da adoção desse posicionamento tem como implicações práticas resultados que não se compatibilizam com esse regime.

Dentre tais consequências, podemos citar como as mais extremas: a) a relativização e/ou supressão de direitos básicos legalmente garantidos, b) a antecipação da tutela penal e c) a regulamentação de um direito penal discriminatório e autoritário.

No tocante à primeira consequência, nota-se uma negação ao garantismo penal, por meio da relativização e/ou supressão de direitos e garantias fundamentais legalmente previstos e que foram objeto de intensas lutas até serem minimamente garantidos. Assim, com a adoção da legislação penal de emergência nota-se que as garantias materiais e processuais são amplamente violadas, sob a alegação de uma necessária e urgente proteção coletiva.

Nesse sentido, verifica-se, na prática processual penal, por exemplo, a autorização para a realização de escutas telefônicas ilegais, a utilização indiscriminada de medidas processuais excepcionais como a decretações de prisões cautelares, a realização de busca e apreensão ou violação de domicílios sem a verificação dos requisitos legais previstos na lei e até mesmo a autorização para a execução de penas sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em uma clara violação ao princípio da presunção de inocência.

No âmbito material, há a defesa da flexibilização de princípios constitucionais como o da legalidade, sob a alegação de que esse direito básico e essencial à proteção dos indivíduos frente à atuação do Estado, nos moldes em que vem se desenvolvendo, constituiria um escudo de proteção aos criminosos.

Além do princípio da legalidade, questiona-se a existência do princípio da anterioridade e da ofensividade/lesividade, na medida em que se defende a antecipação da tutela penal. Dessa forma, o Direito Penal passaria a tutelar condutas mesmos que não houvesse lei anterior definindo-a e sem que houvesse a necessidade de que o comportamento chegasse a efetivamente violar um bem jurídico de outrem. O Direito Penal, portanto, passaria a atuar de maneira antecipada, prevendo a potencial atuação criminosa dos indivíduos e atuando de maneira a evitar o perigo para a sociedade.

Dessa forma, haveria a antecipação da proteção do bem jurídico por meio, por exemplo, da criminalização dos atos preparatórios, ainda que estes não viessem a constituir infrações penais autônomas, e por meio da adoção mais efetiva de conceitos abstratos (tipos penais em branco ou de perigo abstrato, ou mesmo crimes de mera conduta), antes tratados como excepcionais, em razão da possibilidade de ataque direto ao direitos dos indivíduos frente à atuação do Estado, mas que agora devem ser utilizados em razão da segurança da coletividade.

Outra consequência negativa da adoção do Direito Penal do Inimigo que merece destaque é a regulamentação de um direito penal discriminatório e autoritário. Dessa forma, com base em tal entendimento, o Estado estaria autorizado a punir o autor de um delito com base na sua periculosidade e não na sua culpabilidade.

Nesse sentido, dispõe 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. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente. (ZAFFARONI, 2007, p. 11)

A partir da adoção desse entendimento, o indivíduo seria condenado por aquilo que ele representa ser e não pelo que efetivamente é, o que nos faz lembrar o que ocorreu durante o regime nazista na Alemanha, onde as pessoas eram condenadas apenas com base no que representavam e não pelo fato de serem efetivamente criminosos. Nesse sentido, “é possível verificar que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural.” (ZAFFARONI, 2007, p. 81).

Essa “seletividade estrutural” identificada por Zaffaroni também encontra-se manifesta na realidade brasileira. Consta-se, claramente, que os indivíduos sobre os quais recaem as consequências da legislação penal de emergência são aqueles identificados como “inimigos” dos que detém o poder político. São os negros, os pobres, os opositores políticos, os integrantes de movimentos sociais, ou seja, aqueles que são taxados como “inimigos” pelo que representam, independente de terem efetivamente incorrido em condutas típicas de grande gravidade.

A identificação desses indivíduos como “inimigos” ou pessoas não desejadas, acaba por demonstrar que o Direito Penal do Inimigo cria uma legislação penal discriminante e autoritária, na medida em que pune os autores não pelo fato que eles praticaram e sim pela sua cor, pela sua renda, pela sua escolaridade e pela sua ideologia específicas.

Em razão de todas essas consequências drásticas e extremas verificadas na prática, identifica-se o perigo em se disseminar a adoção do Direito Penal do Inimigo, uma vez que ele não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito.

Observa-se que ocorre a retirada de garantias básicas do indivíduo e transformação o Direito Penal em um instrumento de perseguição àqueles considerados “inimigos”, conduz a

política criminal ao retrocesso e põe em risco a segurança dos indivíduos, que estariam submetidos ao arbítrio estatal por meio de uma seletividade criminalizante.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com esteio no que foi exposto, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo materializa-se como uma manifestação do Estado de Exceção como paradigma de governo, uma vez que favorece e legitima a supressão e relativização de direitos e garantias constitucionais, despersonalizando o indivíduo e fundamentando a aplicação de um direito penal autoritário e discriminante.

Verificou-se que o Direito Penal do Inimigo utiliza-se da imposição de medo e terror, colocando em voga um sentimento de insegurança coletivo responsável por legitimar e disseminar o entendimento segundo o qual a sociedade em geral está correndo riscos e, em virtude disso, é necessário que os responsáveis, ou seja, os “inimigos”, sejam identificados e extintos para garantir o bem geral.

Ocorre que a coletividade não identifica que autorizar e concordar com a adoção da teoria do Direito Penal do Inimigo e suas medidas excepcionais, põe em risco a sua própria condição de cidadão, uma vez que o conceito de inimigo modificar-se-á de acordo com os interesses de quem está no poder, e quem está na cômoda posição de cidadão hoje, pode ser transferido sem maiores problemas para a condição de inimigo amanhã.

Assim, verifica-se que adoção do Direito Penal do Inimigo constitui uma negação ao Estado Democrático de Direito, pois vai de encontro a todas as disposições de proteção aos direitos e garantias dos indivíduos, estabelecendo uma situação de negação ao garantismo e prevalência de um direito penal excepcional que pode ter como sujeito passivo não apenas os inimigos declarados, como também qualquer cidadão, indiscriminadamente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIPRESTE, D. **O estado brasileiro e a exceção do povo**: Casagrandismo ou Democracia. In: 3º CONIDIH. **Anais**. João Pessoa: UEPB, p. 1 – 9, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARAÚJO, Clara Skarlleth Lopes de. **Vida entre arames e violação de direitos na escassez do estado de exceção**: Uma abordagem sobre a institucionalização dos Campos de Concentração para flagelados da seca em 1932 no Estado do Ceará. 2018. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Regional do Cariri, Crato, 2018. Cap. 1

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. JusPodvm, 2015, p. 41.

ESTEFAM, André, **Direito Penal 1**: parte geral. 3. ed. São Paulo, 2018.

JAKOBS, Gunter. CÂNCIO MELIÁ, Manuel. **O direito penal do inimigo**: noções e críticas. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo**: triunfo e decadência do sufrágio universal, tradução Luiz Sérgio Henriques, Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br)>. Acesso em: 13 mar.2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2007.