

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A EXCEÇÃO PERMANENTE

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: THE PERMANENT EXCEPTION

Ulisses Moura Dalle

Doutorando e mestre em Direito

Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Criança e do Adolescente no IMEPAC/Araguari.

Dorcas Marques Almeida

Bacharel em direito pela PUC Minas.

Advogada.

Resumo: O Direito Penal do Inimigo pode ser definido como um sistema de persecução penal paralelo que suprime garantias fundamentais dos que são classificados como “inimigos” do Estado. Ao analisar os ordenamentos jurídicos dos Estados que se intitulam democráticos, são encontradas inúmeras normas que carregam essa filosofia. Diante desse quadro, o presente artigo utiliza a metodologia da revisão bibliográfica para aferir se o Direito Penal do Inimigo é realmente compatível com um legítimo Estado Democrático de Direito. Alguns juristas sustentam que a procedimentalização judicial do tratamento destinado ao inimigo seria capaz de conciliar o discurso da inimidade com os escopos de uma autêntica democracia. Por outro lado, outros afirmam que ambos são inconciliáveis em função do Direito Penal do Inimigo restringir direitos universais. Para responder a esse impasse, o presente artigo procura, primeiramente, compreender o sentido dos termos “amigo” e “inimigo”. Registra-se que tal compreensão passa pela análise das teorias contratualistas clássicas e pelas contribuições dadas por Carl Schmitt. Posteriormente, demonstra-se como o discurso do inimigo foi incorporado às ciências criminais por intermédio de Edmund Mazger e Günther Jakobs. Em seguida, examina-se os elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito em Habermas e investiga-se se a renúncia à condição de membro efetivamente coaduna com o conceito de inimigo. Por fim, analisa-se as consequências práticas da instituição do Discurso do Inimigo no “Terceiro Reich” e denuncia-se como o

paradigma da exceção está se difundindo nas democracias ocidentais.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo; Persecução Penal; Estado Democrático de Direito.

Abstract: *The Criminal Law of the Enemy can be defined as a system of parallel law that pursues the suppression of fundamental guarantees from the ones who are classified as state "enemies". Analyzing the legal orders from democratic states, it is followed by many standards which carry this philosophy. Facing this scenario, the present article uses the methodology of the bibliographic revision to verify if the Criminal Law of the Enemy is really compatible with a legitimate Democratic State of Law. Some jurists argue that judicial procedure of treatment destined to the enemy would be able to reconcile the discourse of enmity with the scopes of an authentic democracy. On the other hand, other jurists affirm that both are irreconcilable in function of the Criminal Law of the Enemy to restrict universal rights. To answer this impasse, the present article seeks, first, to comprehend the meaning of the terms "friend" and "enemy". It is noted that such an understanding involves analyzing the classical contractualist theories and by the contributions given by Carl Schmitt. Posteriorly, demonstrates how the enemy's speech was incorporated into the criminal by Edmund*

Mazger and Günther Jakobs. Next, we examine the characterization elements of the Democratic State of Law in Habermas and it is investigated whether the condition of member effectively falls in line with the concept of enemy. Finally, we analyze the practical consequences of the institution of the enemy speech in the "Third Reich"

and is denounced as the paradigm of the exception is spreading in the western democracies.

Keywords: *Criminal Law of the Enemy; Criminal Prosecution; Democratic State of Law.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os fundamentos políticos do paradigma da inimidade. 3. O paradigma da inimidade nas ciências criminais. 4. Direito penal do inimigo e estado democrático de direito. 5. Afinal de contas, o que é direito penal do inimigo? 6. E uma política criminal do inimigo, é possível? 7. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como Brito¹ indica, a vivência do mundo globalizado faz com que se tenha acesso aos perigos vivenciados por outros Estados. Os conflitos existentes envolvem a todos e o fenômeno da sociedade sem fronteiras contribui de sobremaneira para com a propagação do medo.

Ocorre que este sentimento generalizado de insegurança está modificando os ordenamentos jurídicos dos Estados e, notadamente, do Direito Penal. O conceito de bem jurídico tem sido demasiadamente ampliado. A colocação em perigo tem virado sinônimo de ilícito. O Direito Penal, que é um dos mais violentos subsistemas de controle social, tem perdido o seu caráter subsidiário para se transformar na *prima ratio* de todos os problemas sociais.

Em meio a esse cenário, surge o discurso do Direito Penal do Inimigo, o qual, em suma, propõe a criação de um sistema de persecução penal paralelo ao existente para ser destinado aos que são rotulados como "inimigos". Desse modo, o sistema de persecução convencional, dotado de todos os direitos e garantias constitucionais, seria aplicado apenas às pessoas de bem, ao passo que aos "inimigos" seria destinado um sistema paralelo. Assinala-se que a antecipação da punibilidade, o aumento desproporcional das penas e a supressão ou relativização de direitos e garantias fundamentais são as características preponderantes desse sistema paralelo.

Mas o Direito Penal do Inimigo não está adstrito apenas ao plano teórico. Normas que trabalham com a dicotomia amigo e inimigo e relativizam direitos fundamentais em situações tidas como excepcionais têm sido sorrateiramente introduzidas nas legislações dos Estados Democráticos Contemporâneos.

¹ BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva. Crimes de perigo e direito penal brasileiro*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

Contudo, será que o Direito Penal do Inimigo é compatível com a consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito tal como indicado por Jürgen Habermas? Os juristas apresentam opiniões divergentes acerca da referida problemática e dirimir tal controvérsia será o objetivo das próximas páginas.

2 OS FUNDAMENTOS POLÍTICOS DO PARADIGMA DA INIMIZADE

O emergencialismo penal é a tendência à requisição do sistema de persecução penal para a solução de situações excepcionais para as quais ele não fora inicialmente pensado.

Segundo Moccia,² a lógica emergencialista faz com que Direito penal deixe de “ser subsidiário e se converte na *prima ratio* da política social, uma espécie de panaceia ilusória com a qual se quer afrontar e resolver os mais diversos problemas sociais”.³

A característica mais marcante do emergencialismo é o eficientismo penal, que ao buscar a todo custo uma resposta punitiva rápida e eficaz, acaba por limitar ou suprimir direitos e garantias fundamentais, no mais das vezes mediante o incremento ou desvio das funções processuais a serem exercidas pelo juiz.⁴

O eficientismo rechaça o aprendizado e, em lugar de buscar outras soluções mais eficazes, busca fazer mais eficaz a reação penal, incrementando sua intensidade ainda que em detrimento da legalidade constitucional, do bom funcionamento e da legitimação dos órgãos judiciais.^{5 6}

Trata-se, na visão de Moccia,⁷ de um *panpenalismo* que é cego à impossibilidade de o sistema de persecução penal dar uma resposta adequada às causas da violência e da criminalidade, que são preponderantemente culturais, sociais, econômicas, enfim, estruturais e, portanto, não contingentes

A fórmula mais extremada do emergencialismo penal é dada pelo Direito Penal do inimigo, que apregoa a cisão do sistema de persecução penal em dois polos distintos: um, que

² MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Madrid: Edisofer, 2006. Cap. 11, p. 299-320.

³ No original: “*el Derecho penal deja de ser subsidiário y se convierte en la prima ratio de la política social, una especie de panacea ilusória con la cual se quiere afrontar y resolver los más diversos problemas sociales*” (MOCCIA, 2006, p. 305).

⁴ MOCCIA, Sergio. *op.cit.*

⁵ No original: “*El eficientismo rechaza aprender y, en lugar de buscar otras soluciones más eficaces, busca hacer más eficaz la reacción penal, incrementando su intensidad aun em detrimento de la legalidade constitucional, del buen funcionamiento y de la legitimación de los órganos judiciales*” (MOCCIA, *op.cit.* p. 305).

⁶ MOCCIA, Sergio. *id.*, p. 305.

⁷ MOCCIA, Sergio. *op.cit.*

contemple todos os direitos e garantias penais e processuais elencadas na Constituição, mas dirigido exclusivamente às pessoas de bem, aos cidadãos; outro, que albergue em seu interior a exclusão desses direitos e garantias, com aplicabilidade limitada aos inimigos da vida em sociedade, aos não-pessoas.⁸

Segundo Jakobs,⁹ só pode ser considerado cidadão aquele indivíduo que ofereça segurança cognitiva, isto é, que pelo seu comportamento e vida progressos dê garantias de que reconhece a validade e a legitimidade das leis do Estado, e de que pretende pautar o seu comportamento futuro pelo que preconizam tais leis.

Os não-pessoas, ou inimigos, por seu turno, procedem a uma auto-exclusão da cidadania, eles negam a sua própria condição de cidadão na medida em que abdicam de agir conforme o Direito, o que pode ser verificado pelo ingresso em uma organização criminosa ou terrorista, pela prática de delitos sexuais ou mesmo outras infrações penais perigosas.¹⁰

O polo do direito penal do inimigo abrigaria, então, uma legislação de luta contra a criminalidade organizada ou violenta e contra o terrorismo, na medida em que prevê (I) a antecipação da punibilidade, que avança dos atos de execução para os meramente preparatórios; (II) o incremento e desproporção das penas, que passam a ter um nítido caráter de neutralização do agente; (III) a supressão e/ou relativização de garantias processuais.¹¹

Não há nada de propriamente novo na dicotomia amigo-inimigo, já presente na maioria das teorias políticas contratualistas, que legitimavam o exercício do poder pela adesão a um contrato social por meio do qual os membros da comunidade política abdicavam de parte de suas liberdades individuais em troca da proteção de um soberano. Nestes termos, eram amigos apenas os membros da comunidade política; e inimigos, ainda que em potencial, todos os outros.¹²

Portanto, a existência de inimigos extra-comunitários é uma condição de possibilidade das teorias contratualistas, sem a qual os indivíduos não admitiriam a submissão a uma vontade soberana. É o medo de ser atacado por bárbaros, de retornar à violência constitutiva do estado de natureza, que, no contratualismo, faz com que os indivíduos reconheçam a necessidade de um poder estatal que lhes dê proteção.¹³

⁸ JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 1, p. 19-48.

⁹ JAKOBS, Günther. *op.cit.*

¹⁰ JAKOBS, Günther. *op.cit.*

¹¹ JAKOBS, Günther. *op.cit.*

¹² RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 2º ed. Roma: Laterza, 2005.

¹³ RESTA, Eligio. *op.cit.*

Assim, este verdadeiro dogma da inimizade inseriu-se na mentalidade ocidental como dispositivo de conformação de uma identidade nacional que se construiu pela repulsa ao outro, ao extra-comunitário, ao estrangeiro.

O grande problema desta lógica é que, ausente um inimigo, há que se criá-lo, sob pena de inviabilização do Estado-nação:

[...] ter um inimigo é importante não apenas para definir a nossa identidade, mas também para obtermos um obstáculo diante do qual medirmos o nosso sistema de valores e para mostrar, mediante o confronto, o nosso valor. Portanto, quando não existe um inimigo, há que se construí-lo.^{14 15}

Essa verdadeira ética da inimizade não ficou, porém, restrita ao contexto de formação dos Estados-nação, mas chegou até a contemporaneidade, como demonstra a recente onda de xenofobia, que, na visão de Eco, acomete a Itália.¹⁶

Estamos vendo o quanto pode o medo dos novos fluxos migratórios. Alargando a uma inteira etnia as características de alguns de seus membros que vivem em situação de marginalização, está se construindo hoje, na Itália, uma imagem do inimigo romeno, bode expiatório ideal para uma sociedade que, arrastada por um processo de transformação também étnico, não consegue mais se reconhecer.¹⁷

Se no mundo da vida a inimizade ainda é uma força que pulsa e lateja, no campo estrito da teoria política ela chegou até os dias de hoje pelos revérberos das ideias de Schmitt¹⁸, que introduziu a inimizade no próprio conceito do político, de maneira tal que qualquer desavença, seja ela cultural, econômica, religiosa ou social, só alcança o *status* de uma contenda política se for forte o suficiente para dividir os seres humanos em dois grupos antagônicos: o grupo dos amigos e o grupo dos inimigos.

Na obra “O conceito do político”, publicada pela primeira vez em 1932, Schmitt ainda pensa a inimizade em termos preponderantemente contratualistas, de sorte que a comunidade política aparece como a união dos amigos, fieis a um soberano, contra um inimigo estrangeiro. A inimizade para com o estrangeiro continua sendo, para Schmitt, uma condição de

¹⁴ ECO, Umberto. *Construirei il nemico*. In: ECO, Umberto. *Construirei il nemico e altri scritti occasionali*. Milano: Bompiani, 2011. Cap. 1, p. 10.

¹⁵ No original: “Avere un nemico è importante non solo per definire la nostra identità ma anche per procurarci un ostacolo rispetto al quale misurare il nostro sistema di valori e mostrare, nell’ affrontarlo, il valore nostro. Pertanto, quando il nemico non ci sai, occorre costruirlo” (ECO, *op.cit.* p. 10).

¹⁶ ECO, Umberto. *op.cit.* p. 36.

¹⁷ No original: “Stiamo vedendo quanto può la paura dei nuovi flussi migratori. Allargando a una intera etnia le caratteristiche di alcuni suoi membri che vivono in una situazione di marginalizzazione, si sta oggi costruendo in Italia l’ immagine del nemico rumeno, capro expiatório ideale per una società che, travolta in un processo di trasformazione anche étnica, non riesce più a riconoscersi” (ECO, *op.cit.*, p. 36).

¹⁸ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

possibilidade da própria existência da comunidade política, de modo que “a unidade política é, necessariamente, ou a unidade normativa para o agrupamento do tipo amigo-inimigo sendo, neste sentido (e não em qualquer sentido absolutista), soberana, ou ela absolutamente não existe”.¹⁹

Já na década de 60 do século 20, Schmitt,²⁰ com a “teoria do partisan”, ampliou seu conceito de inimigo, para incluir o inimigo interno, personificado pelo guerrilheiro que, combatendo de maneira irregular, ataca as estruturas e instituições do Estado com vistas à implementação de uma nova ordem jurídico-política.

Ocorre, porém, que a inimizade não é um pressuposto da comunidade política, mas de um certo tipo de comunidade política, diversa, por exemplo, da comunidade ateniense a que se refere Aristóteles, na qual a amizade entre os homens era considerada o verdadeiro cimento da vida social.²¹

A inimizade é, portanto, o pressuposto de uma comunidade política tal e qual desejada por Schmitt, e não de toda e qualquer comunidade política. À compreensão do ideal de comunidade política schmittiano corresponde, portanto, a compreensão das implicações práticas de uma organização social pautada pela inimizade, e na qual o inimigo já não é apenas o inimigo externo.

Schmitt²² foi um grande crítico do pluralismo, e como tal, acreditava que a democracia só seria possível se houvesse igualdade substancial, identidade, enfim, homogeneidade entre o povo de um Estado. A verdadeira atividade política desse povo homogêneo, por seu turno, consistiria em apenas aclamar ou não aclamar, dizer sim ou não às demandas formuladas pelos representantes do povo.

Ainda de acordo com Schmitt, a forma moderna de aclamação ou não-aclamação é a opinião pública. Ocorre, porém, que sempre existe o risco de que “a opinião pública e a vontade popular sejam dirigidos por forças sociais invisíveis e irresponsáveis”.²³ Em um contexto tal, o risco da manipulação da vontade popular só é passível de neutralização se o povo for homogêneo, e, em virtude dessa homogeneidade, capaz de distinguir seus amigos de seus inimigos.²⁴

¹⁹ SCHMITT, Carl. *op.cit.* p. 42.

²⁰ SCHMITT, Carl. *Teoria do partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

²¹ RESTA, Eligio. *op.cit.*

²² SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

²³ No original: “*Existe siempre, por eso, el peligro de que la opinión pública y la voluntad del Pueblo sean dirigidas por fuerzas sociales invisibles e irresponsables* (SCHMITT, *op.cit.*, p. 241).

²⁴ SCHMITT, Carl. *op.cit.*

A despeito de denominada pelo autor de “democracia substancial”, uma forma política como a descrita acima não é mais que puro autoritarismo e aversão pelas diferenças individuais, cujos desfechos catastróficos de sua implementação pelo “Terceiro Reich” alemão já podiam ser antevistos no descaso dispensado por Schmitt aos direitos fundamentais.

Schmitt²⁵ distinguia os direitos fundamentais (dirigidos aos membros da comunidade política) das garantias institucionais (dirigidas às instituições de direito público) e também das garantias de institutos (dirigidas às instituições de direito privado), e concedia primazia às duas últimas, de maneira tal que toda a sua construção teórica – incluindo-se aqui, por óbvio, a sua lógica da inimizade – parece orientada apenas à conservação do Estado, e nada mais.

Como observou Bercovici,²⁶

[...] os direitos de liberdade só poderiam ser garantidos se ligados a alguma instituição jurídica, prevalecendo, assim, a garantia institucional sobre a garantia das liberdades. Ao separar os direitos fundamentais em três categorias (direitos de liberdade, garantias institucionais e garantias de instituto), fazendo prevalecer as duas últimas sobre a primeira, Carl Schmitt deixou muito claro o que ele considera objeto de proteção na Constituição de Weimar: as instituições mais tradicionais e conservadoras do sistema jurídico-político alemão, subvertendo a lógica dos direitos fundamentais.

Donde se conclui que a dicotomia amizade/inimizade presta-se muito mais à conservação de instituições autoritárias, pela constante manipulação de um medo difuso e passível de minimização apenas mediante a atuação de tais instituições, que à implementação e fruição dos direitos e garantias fundamentais.

3 O PARADIGMA DA INIMIZADE NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

A lógica da inimizade transpôs os limites da teoria política e chegou às ciências criminais por intermédio de Edmund Mezger, renomado jurista do “Terceiro Reich”, autor de obras dignas de figuração em qualquer “armário dos venenos”²⁷ e principal redator do projeto

²⁵ SCHMITT, Carl. *op.cit.*

²⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 34.

²⁷ A expressão “armário dos venenos” (Giltshrank) designa as obras de juristas do nacional-socialismo que, uma vez findo o nazismo, foram tiradas de circulação para que seus autores pudessem continuar lecionando em paz. Sobre o tema, Francisco Muñoz Conde explica que “a partir dos anos oitenta surgiu na Alemanha um renovado interesse por revisar a vida e obra de famosos juristas que haviam desempenhado um papel preponderante na época nacional-socialista e que logo depois da Segunda Guerra Mundial seguiram desempenhando-o já em plena época da República Federal. A isso contribuiu, sem dúvida, a superação dos tabus e mistérios com que se rodeou o passado obscuro destes juristas, algumas de cujas obras mais comprometidas desapareceram das bibliotecas públicas e da bibliografia dos livros melhor informados ou simplesmente encerram sob sete chaves no que se chama “Giltshrank” (armário dos venenos), guardado sigilosamente nos porões mais recônditos das Faculdades de Direito. Mas também a desapareção física, ou, pelo menos, a aposentadoria destes já idosos juristas, cuja

de lei que tratava dos “Estranhos à comunidade”, ou, simplesmente, “Inimigos da comunidade”.²⁸

Nitidamente influenciado por Schmitt, Mezger concebia o Direito Penal como um instrumento de luta contra os inimigos do Estado. A principal arma desse Direito de luta, a pena, deveria estar orientada à “eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça”,²⁹ razão pela qual o autor propõe “medidas de higiene racial para a eliminação das ralés criminosas”.³⁰

Para levar a cabo seu projeto de eliminação de inimigos, Mezger desenvolveu o conceito de “cegueira ou inimizade jurídica”, para abarcar aqueles indivíduos que, por deficiência de aprendizagem ou deficiência dos valores jurídicos da comunidade, eram incapazes de compreender o caráter ilícito de suas práticas. À conduta de tais indivíduos Mezger imputava a “culpabilidade pela condução de vida”, e apregoava a aplicação da pena prevista para os crimes dolosos, mesmo se ficasse comprovada a inexistência de tal elemento subjetivo do tipo.³¹

Portanto, ao avaliar a culpabilidade do “inimigo jurídico” o juiz deveria pautar-se mais pelas atitudes do autor no transcurso de sua vida que pelas circunstâncias do caso concreto.³²

Mantendo assombrosa coerência com as ideias expostas acima, Mezger traçou duas missões para o Direito Penal do nacional-socialismo:

[...] o restabelecimento da responsabilidade do indivíduo diante da comunidade do povo, e a eliminação nesta última de partes integrantes nocivas do povo e da raça [...] elevando desta sorte, mediante a extirpação dos elementos inapropriados, a composição racial do povo.³³

Com tamanhas credenciais, não chega a surpreender que em 1933 Mezger tenha sido convidado para compor a comissão de juristas que elaborou o projeto de lei penal que dispunha sobre “os estranhos à comunidade”, e que previa, entre outras medidas igualmente abjetas, o internamento em custódia de segurança por tempo indefinido, a castração para delinquentes habituais perigosos e a analogia como fonte de criação do Direito Penal.³⁴

presença ativa nos claustros universitários até bem entrados os anos sessenta e, às vezes, setenta, impediu qualquer tipo de valoração das obras publicadas naquela época e a comparação com as escritas posteriormente” (Conde, 2005, p. 31).

²⁸ CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁹ MEZGER *apud* CONDE, Francisco Muñoz. *op.cit.* p. 81.

³⁰ MEZGER *apud* CONDE, Francisco Muñoz. *id.*

³¹ CONDE, Francisco Muñoz. *op.cit.*

³² CONDE, Francisco Muñoz. *op.cit.*

³³ MEZGER *apud* CONDE, Francisco Muñoz. *op.cit.* p. 83.

³⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *op.cit.*

Em correspondência que visava informar ao Ministro da Justiça da época sobre o andamento dos trabalhos da comissão, Mezger não podia ter sido mais claro sobre suas intenções:

Segundo o Projeto no futuro haverá dois (ou mais) Direitos penais, - Um Direito Penal para a generalidade (no que em essência seguirão vigentes os princípios que o regeram até agora), e - Um Direito Penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os ‘delinquentes por tendência’. [...] Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente novidade (está na nova Ordem; nela radica um ‘novo começo’).³⁵

É toda essa tradição jurídica de triste memória e consequências nefastas, que vai de Schmitt a Mezger, que Jakobs resgata - ainda que de maneira inconfessa -, quando nega a condição de pessoa aos inimigos para justificar a existência de um sistema de persecução penal paralelo.

Porém, os vínculos do Direito Penal do inimigo com o totalitarismo nacional-socialista não passaram despercebidos por seus críticos, que diuturnamente o descrevem como a própria negação do Direito Penal,³⁶ ou mesmo como um instrumento de identificação do não-Direito Penal.³⁷

Sobre as leituras que vêm sendo feitas à obra de Jakobs nos países latino-americanos, Meliá³⁸ destaca a tomada de posição pela Corte Constitucional colombiana, que tem se utilizado do conceito de Direito Penal do inimigo para negar a constitucionalidade de disposições legais cuja redação tenha sido orientada por seus preceitos.

A reconstrução histórica do conceito de inimigo realizada alhures, ainda que perfunctória, está a indicar o acerto da Corte Constitucional colombiana, pois parece validar a afirmação de que a existência de um Estado autoritário é um pressuposto da normatividade jurídica do inimigo. Divergindo na forma, mas não no conteúdo, Zaffaroni inverte essa relação de causa e efeito, para afirmar que é a admissão do inimigo que engendra o autoritarismo:

A admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa.³⁹

³⁵ MEZGER, *apud* CONDE, *op.cit.* p. 152.

³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

³⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*

³⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. *op.cit.*

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revan, 2013, p. 153.

Porém, estabelecer se o inimigo é a causa do autoritarismo, ou vice-versa, é irrelevante; o importante é ter sempre em mente que, a despeito das relações de causa e efeito que existam entre eles, o inimigo sempre anda emparelhado com um Estado autoritário.

E é pela força dessas razões que Zaffaroni salienta a necessidade de não se transigir com os princípios do Estado de Direito, especialmente nas recentes democracias latino-americanas, pois “é justamente onde os Estados de direito apresentam mais defeitos reais ou históricos que mais se precisa cuidar da intangibilidade do modelo ideal que deve orientar seu aperfeiçoamento”.⁴⁰

Não obstante a consistência das críticas aqui expostas, Teixeira afirmou, em trabalho recente, que o Direito Penal do inimigo é, sim, compatível com o Estado Democrático de Direito, e, em especial, com a concepção procedimentalista de Estado Democrático de Direito formulada por Habermas.

Essa afirmação é que norteará o próximo tópico.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo Teixeira, uma legislação orientada exclusivamente para a luta contra o inimigo, em situações de emergência, seria, sim, compatível com o paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito, uma vez que o próprio Habermas teria previsto a possibilidade de o membro da comunidade jurídica renunciar ao seu *status* de membro.⁴¹

Porém, seria imprescindível que as restrições aos direitos e garantias fundamentais - previstas nesta verdadeira legislação de luta, aplicável exclusivamente ao inimigo -, fossem limitadas pela célebre “fórmula de Radbruch”, segundo a qual qualquer injustiça extrema deve ser considerada antijurídica.⁴²

Ao *standard* fornecido pela “fórmula de Radbruch”, Teixeira⁴³ acrescenta a necessidade de procedimentalização judicial da decisão que declara a inimidade.

O que Teixeira⁴⁴ propõe é, em síntese, a implementação de um processo jurisdicional mediante o qual seria possível definir o sistema de persecução penal a ser aplicado no caso concreto; ora o Direito Penal do cidadão, ora o Direito Penal do inimigo.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Id.*

⁴¹ TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *Direito Penal de emergência*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

⁴² TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *op.cit.*

⁴³ TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *op.cit.*

⁴⁴ TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *op.cit.*

Para fundamentar a tese de que a existência de uma legislação de luta contra o inimigo é compatível com o paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito, Teixeira evoca uma passagem de “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, na qual Habermas afirma que todo indivíduo deve ter o direito de renunciar ao *status* de membro da comunidade jurídica. Teixeira⁴⁵ parece, então, considerar que, ao admitir essa renúncia, Habermas estaria admitindo também a submissão do renunciante a um subsistema de persecução penal desprovido dos direitos e garantias fundamentais em sua integralidade e à margem do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, a exemplo do não-pessoa a que se refere Jakobs.

Trata-se, porém, de uma interpretação pouco comprometida com o contexto em que Habermas fez tal afirmação, a uma porque Habermas se referia exclusivamente à questão das nacionalidades, no sentido de que a todo o indivíduo deve ser assegurado o direito de abdicar de sua nacionalidade originária e optar por uma outra nacionalidade, e a duas porque Habermas resgata a questão das nacionalidades exatamente para refutar aquelas visões de mundo que, a reboque do contratualismo, concebem a cidadania unicamente como vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado, visões essas que, ao que tudo indica, são compartilhadas por Jakobs e Teixeira.

Nestes termos é que, no excerto citado por Teixeira, Habermas afirma que

[...] o estabelecimento de um código jurídico exige, por isso, direitos que regulam a participação numa determinada associação de parceiros jurídicos e, deste modo, permite a distinção entre membros e não-membros, cidadãos e estranhos. Em comunidades organizadas na forma de Estado, tais direitos assumem a forma de direitos de participação no Estado. Os aspectos exteriores da pertença ao Estado, que se apoiam no reconhecimento do respectivo Estado, não nos interessam aqui. Segundo eles, o status de membro forma a base para a atribuição das posições jurídicas materiais que perfazem o *status* de um civil no sentido da cidadania. Da aplicação do princípio do discurso resulta que *cada um deve ser protegido contra a subtração unilateral dos direitos de pertença*; porém ele deve ter o direito de renunciar ao *status* de membro. O direito à emigração implica que a pertença a uma associação deve repousar sobre um ato de aceitação por parte do sócio (ao menos suposto). Ao mesmo tempo, a imigração, portanto a ampliação da comunidade de direito através de estrangeiros que desejariam obter direitos de associação, implica uma regulamentação que seja do interesse simétrico tanto dos membros como dos candidatos.⁴⁶

Ao contrário do que Teixeira faz parecer, o que Habermas está a dizer é que a auto-exclusão do *status* de membro de uma comunidade jurídica não é possível senão pela imigração seguida da renúncia à nacionalidade originária, o que é algo bem distinto de afirmar que o

⁴⁵ TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *op.cit.*

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 161.

indivíduo possa deixar de ser considerado membro da comunidade jurídica pelo ingresso em uma organização criminosa ou pela prática de um delito infamante.

Com efeito, Habermas⁴⁷ só considera como sendo um Estado Democrático de Direito aquela comunidade jurídico-política na qual seus membros, pela própria condição de livres e iguais em direito, atribuem-se reciprocamente cinco categorias de direitos e garantias fundamentais que asseguram o exercício das liberdades subjetivas e comunicativas em uma relação de equiprimordialidade. Tais categorias são: (I) os direitos a iguais liberdades subjetivas de ação (direitos individuais); (II) o direito ao *status* de membro da comunidade jurídica; (III) os direitos de postulação judicial; (IV) os direitos à participação, com igualdade de chances, nos processos de formação institucionalizada da vontade e da opinião (direitos políticos; liberdades comunicativas) e, por fim; (V) direitos a condições de vida digna, na medida em que eles forem necessários ao exercício dos direitos anteriores (direitos sociais, coletivos e difusos).

Dessa forma, a criação de uma subcategoria de indivíduos a quem são sonegados direitos fundamentais, ainda que em decorrência da prática de atos criminosos repulsivos, inviabilizaria desde a largada o projeto procedimentalista de Estado Democrático de Direito, uma vez que a “decisão inicial em favor de uma legislação democrática só pode ser executada pela via da valorização daqueles direitos que os participantes devem reconhecer reciprocamente, se quiserem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo”.⁴⁸

É que, segundo Habermas,⁴⁹ os direitos fundamentais compartilham com a moral a pretensão de universalidade, de maneira tal que eles se destinam aos seres humanos pelo simples fato dos seres humanos serem humanos; sendo assim, tais direitos devem ser respeitados e terem a sua fruição viabilizada pelo Estado, independentemente de nacionalidade ou pertença a uma comunidade jurídica:

[...] os direitos fundamentais liberais e sociais têm a forma de normas genéricas endereçadas aos cidadãos em sua qualidade de seres humanos (e não de integrantes do Estado). Mesmo que os direitos humanos sejam cumpridos tão somente no âmbito de uma ordem jurídica nacional, nesse campo validativo eles garantem direitos para todas as pessoas, e não só para os integrantes do Estado [...] É essa validação universal, voltada a seres humanos como tais, que os direitos fundamentais têm em comum com as normas morais.⁵⁰

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *op.cit.*

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 156.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *op.cit.*

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *op.cit.* p. 215.

Desta feita, ainda que o paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito admita que o estatuto jurídico do membro da comunidade jurídica possa ser diverso do estatuto do extra-comunitário, e que é lícito ao membro da comunidade jurídica renunciar à sua nacionalidade, essa diferença estatutária não pode significar jamais a supressão de direitos e garantias fundamentais, assim como a renúncia à nacionalidade não equivale de forma alguma a uma declaração de inimizade.

A posição de Habermas quanto a tratamento a ser dispensado aos “inimigos” foi delineada de maneira ainda mais clara em uma entrevista concedida a Giovanna Borradori logo após os atentados às Torres Gêmeas, em Nova Iorque.

Naquela oportunidade, Habermas inicialmente ressaltou que a violência é o resultado de distorções comunicativas que inviabilizam o entendimento:

[...] os conflitos surgem da distorção na comunicação, do mal entendido e da incompreensão, da insinceridade e da impostura [...] A espiral de violência começa como uma espiral de comunicação distorcida que leva, por meio da incontrolável espiral de desconfiança recíproca, à ruptura da comunicação.⁵¹

Sendo assim, o enfrentamento eficaz à violência depende muito mais do restabelecimento (ou implementação) de práticas discursivas não viciadas do que da supressão de direitos e garantias fundamentais em um contexto mundial que já é de déficit de fruição desses direitos e garantias.

Conforme leitura que Souza Cruz e Duarte fazem dessa entrevista, Habermas mostrou-se descrente com a possibilidade de se resolver distorções comunicativas pelo uso da força.⁵² Naquela oportunidade, ele depositou suas esperanças na correção dessas distorções por uma “transformação da mentalidade, sobretudo pela melhoria das condições de vida, por um alívio sensível da opressão e do medo”.⁵³

Dito isso, Habermas destacou a impossibilidade de o modelo hermenêutico gadameriano lidar com essas distorções comunicativas, pois em um mundo sem centros, qualquer tentativa de entendimento recíproco deve levar em conta as perspectivas do outro, por mais estranhas e irracionais que elas possam parecer.⁵⁴

Nas palavras de Souza Cruz e Duarte, Habermas

⁵¹ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 48.

⁵² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. O terrorismo como distorção discursiva ou fracasso logocêntrico. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe. *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Cap. 3, p. 37-78.

⁵³ BORRADORI, Giovanna. *op.cit.* p. 48.

⁵⁴ BORRADORI, Giovanna. *op.cit.*

[...] sustentou que, em cada caso, uma interpretação deveria transpor o abismo do pré-entendimento hermenêutico dos dois lados – mesmo quando as distâncias culturais e espaço-temporais se mostrassem mais curtas ou mais longas, ou as diferenças semânticas, maiores ou menores. Ele argumentou que todas as interpretações seriam traduções *in nuce* e que *a própria ideia de um esquema conceitual*, que constitui um de vários mundos, não poderia ser concebida sem contradição. Sustentou, ainda, a possibilidade de se demonstrar, com base em argumentos gadamerianos, que *a ideia de um universo de significados contidos em si mesmo*, que não pudesse ser mensurado a partir de outros universos do mesmo tipo, consistiria um conceito inconsistente.⁵⁵

Nesses termos, a hermenêutica gadameriana é incapaz de dar respostas satisfatórias à violência engendrada pelas distorções comunicativas, o que só pode ser feito pela adoção mútua das perspectivas dos próprios afetados pela violência. De acordo com Habermas, somente

[...] no curso da adoção da perspectiva mútua, pode-se desenvolver um horizonte comum de suposições de base em que ambos os lados realizam uma interpretação não etnocentricamente adotada ou convertida, mas, em vez disso, intersubjetivamente compartilhada.⁵⁶

A adoção da perspectiva mútua implica, ainda segundo Habermas, o abandono da lógica da inimizade, por inviabilizadora da transição do direito internacional clássico, calcado nas estruturas do Estado-nação, para um desejável Estado de cidadania mundial. Um tal Estado de cidadania mundial, por seu turno, dependeria de um rearranjo e remodelação das entidades supra-estatais de direito internacional, tais como a ONU, a União Europeia ou a Asean.⁵⁷

Desta forma, o que emerge da entrevista de Habermas é a certeza de que no Estado Democrático de Direito a aposta sempre será no reconhecimento intersubjetivo, na adoção da perspectiva do Outro e no combate à violência - principalmente a mais extremada -, pela certeza da fruição de direitos e garantias fundamentais, o que não será possível enquanto subsistir a divisão dos homens em amigos e inimigos.

5 AFINAL DE CONTAS, O QUE É O DIREITO PENAL DO INIMIGO?

Sob os influxos do pós-estruturalismo, surgiu nas ciências sociais um vasto campo de estudos que, se por um lado não se enquadra no marco teórico da presente pesquisa, por outro não pode deixar de ser mencionado em um estudo sobre o Direito Penal do inimigo. Trata-se da biopolítica, com todo o seu interesse sobre as técnicas que propiciam a submissão dos corpos

⁵⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *op.cit.* p. 63.

⁵⁶ BORRADORI, Giovanna. *op.cit.* p.50.

⁵⁷ BORRADORI, Giovanna. *op.cit.*

e a pré-ordenação das condutas humanas às esferas de poder, mediante o emprego estratégico de mecanismos de controle social.

Foucault⁵⁸ enumera três categorias de mecanismos destinados ao controle do agir humano. O mecanismo legal ou jurídico, caracterizado pela vinculação de uma sanção a uma conduta tida como antijurídica; o mecanismo disciplinar, cuja atuação implica sempre em alguma forma de exclusão ou de detenção – ainda que temporária –, dos indivíduos sujeitos à disciplina; e o mecanismo dos dispositivos de segurança, que reelaboram a lei e a disciplina de modo tal que a coordenação das condutas humanas possa ser efetiva sobre o conjunto da população, e não mais exclusivamente sobre o corpo daquele indivíduo a quem se impõe uma sanção ou ao reduzido conjunto de indivíduos sujeitos a uma ordem disciplinar.

Ainda que atuantes sobre uma coletividade, disciplina e dispositivos de segurança não se confundem. As disciplinas podem ser aplicadas apenas no âmbito limitado das instituições que elas regulam (escolas, hospitais, quartéis, fábricas, prisões); os dispositivos de segurança, por seu turno, destinam-se ao controle social - à gestão -, de toda a população de um Estado. Os dispositivos de segurança, pela sua abrangência totalizante, tornam então possível a governamentalidade, isto é, a condução das condutas dos homens, não mais no campo restrito de instituições com esferas de atuação bem definidas, mas em todos os aspectos da vida em sociedade.⁵⁹

Segundo Agamben, no léxico foucaultiano o termo dispositivo possui o sentido de “um conjunto de práticas e mecanismos [...] que têm o objetivo de fazer frente a uma urgência e de obter um efeito mais ou menos imediato”.⁶⁰

Agamben explica, porém, que uma tal reação a uma situação de urgência só é possível mediante o pronto agir de uma coisa qualquer, que “tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”.⁶¹

Dessa forma, é possível, a partir das conceituações dadas por Foucault e Agamben, definir um dispositivo como todo e qualquer instrumento que, ante uma situação de emergência, mostra-se capaz de amoldar os comportamentos dos seres humanos às expectativas de um centro irradiador de poder.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *op.cit.*

⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: AGAMBEN, Giorgio. *O amigo & O que é um dispositivo*. Chapecó: Argos, 2014. Cap. 1, p. 32.

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. *op.cit.* p. 39.

Nesses termos, é possível afirmar que a dicotomia amigo-inimigo foi o fundamento último de todo dispositivo utilizado pelo nacional-socialismo para a viabilização de seu Estado-total, além de ser ela mesma um dispositivo. Em especial, o dispositivo inimizado permitiu a suspensão ininterrupta da Constituição de Weimar pelos 12 longos anos de duração do “Terceiro Reich”.

Aqui se faz necessário, mais uma vez, revisitar as ideias de Schmitt e as tradições políticas de Weimar, sob pena de não se compreender o alcance da crítica de Agamben.

De acordo com Schmitt, a Constituição é incapaz de, por si mesma, criar as condições fáticas propícias à sua aplicação. Sendo assim, é necessário que seja dado ao soberano o poder de, em situações excepcionais, declarar a suspensão dos direitos e garantias constitucionais pelo tempo que for necessário ao restabelecimento da situação de normalidade.⁶²

Tamanha restrição aos direitos fundamentais era respaldada pela própria Constituição de Weimar, que em seu artigo 48⁶³ não impunha qualquer limite material ou mesmo temporal à declaração de exceção. Diante dessa autorização constitucional, amiúde os governantes da República de Weimar valiam-se do Estado de exceção para contornarem as situações de crise.⁶⁴

Portanto, a grande novidade advinda da ascensão do nacional-socialismo não foi propriamente a utilização do instrumento de exceção, mas a sua conversão em paradigma de governo. Com efeito, tão logo tomou o poder, ainda no início de 1933, Hitler, visando combater e neutralizar os inimigos do Terceiro Reich, publicou o “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, que suspendia todos os artigos da Constituição de Weimar que protegiam as liberdades individuais. Esse decreto nunca foi revogado, “de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos”.⁶⁵

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.⁶⁶

Porém, essa exceção que se faz regra, inaugurada pelo decreto de Hitler, não ficou circunscrita ao contexto da Alemanha nacional-socialista. Uma vez terminada a Segunda

⁶² SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009c.

⁶³ “Artigo 48 [...] Se no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem significativamente perturbadas ou ameaçadas de extinção, o Presidente pode utilizar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem pública, se necessário com o auxílio das forças armadas. Para este propósito, ele pode suspender provisoriamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 124, 153”.

⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. *op. cit.* p. 13.

⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Id.*

Guerra Mundial e esboroadado o Reich alemão, o paradigma da exceção irradiou-se para os quatro cantos do mundo, ainda que assumindo formas diversas da do modelo alemão. “Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente[...] tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”.⁶⁷

Como exemplo de legislações ou atos estatais que deixam transparecer, nitidamente, a inspiração pelo paradigma da exceção, na medida em que colocam em suspenso a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, Agamben⁶⁸ cita o “USA Patriot Act”, que autoriza a detenção, independentemente de acusação, de indivíduos suspeitos de terrorismo; a deportação, durante a Segunda Guerra Mundial, de 110 mil japoneses ou descendentes de japoneses que residiam nos EUA; o campo de Bari, na Itália, onde milhares de refugiados da Guerra da Albânia ficaram trancafiados antes de serem deportados; por fim, a limpeza étnica levada a cabo pela Sérvia na década de 90.

À enumeração levada a cabo por Agamben⁶⁹ pode-se acrescentar qualquer legislação que seja, em maior ou menor medida, inspirada pelo Direito Penal do inimigo, haja vista o potencial de solapamento dos direitos e garantias fundamentais que inexoravelmente lhe acompanha.

O Direito Penal do inimigo é, portanto, nada mais nada menos que o dispositivo por excelência de uma exceção perenizada, que, sorrateiramente, vem se tornando a regra nas democracias ocidentais.

6 E UMA POLÍTICA CRIMINAL DO INIMIGO, É POSSIVEL?

Se há algo que a correspondência entre as ideias de Mezger e a teoria política de Schmitt deixa claro é que não há, e nem pode haver, neutralidade da dogmática penal diante das demandas da política criminal. Portanto, a dogmática penal está, sempre, impregnada de elementos político-criminais, sendo impossível admitir que a dogmática penal possa estar “não só por cima do tempo, senão do espaço, a ser utilizado como instrumento asséptico em qualquer lugar, independentemente das particularidades políticas, sociais, culturais e econômicas do respectivo país”.⁷⁰

⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Id.*

⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. *op. cit.*

⁷⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.* p. 50.

Desde esse ponto de vista, e levando-se em conta as particularidades de um país de modernidade tardia e ainda em luta pela consolidação do regime democrático, como é o caso do Brasil, o Direito Penal do inimigo deve ser rechaçado enquanto dogmática penal constitucionalmente legítima, haja vista que, na medida em que se apresenta como instrumento asséptico de combate ao terrorismo ou a criminalidade organizada,⁷¹ o Direito Penal do inimigo não faz nada mais que esconder sua vinculação com políticas criminais autoritárias.

Como foi muito bem ressaltado por Conde,

[...] na medida em que a proposta funcionalista de Jakobs também seja compatível com sistemas políticos ditatoriais, brutalmente negadores dos direitos humanos mais elementares, está claro que, desde o ponto de vista da concepção político criminal característica de um Estado de direito, deve ser rechaçado porque converte a Dogmática jurídico-penal em um instrumento de legitimação de ditos sistemas, quando não em cúmplice servil de seus excessos.⁷²

Nesses termos, o Direito Penal do inimigo sequer pode ser admitido como uma teoria jurídica, pelo menos não uma teoria jurídica compatível com o Estado Democrático de Direito, haja vista que não concebe o “inimigo” como um sujeito de direitos, mas como um simples mal a ser combatido.⁷³

Uma vez negada a condição de teoria jurídica ao Direito Penal do inimigo, permanece sem resposta uma última questão: o Direito Penal do inimigo, enquanto expressão hiperbólica do emergencialismo penal, pode ser considerado um movimento de política criminal legítimo no Estado Democrático de Direito?

Com essa pergunta, o problema do Direito Penal do inimigo é deslocado da dogmática penal para a política criminal, e o que se pretende realmente saber é: “qual é o modelo político criminal que se deve ter em conta quando se faz dogmática? Política criminal está bem; mas qual?”⁷⁴

O caminho a ser trilhado na busca de respostas para essa pergunta é apontado pelo próprio Conde⁷⁵, quando ele afirma que essencial mesmo é levar em consideração o modelo de Estado e de sociedade nos quais as políticas criminais serão aplicadas. Dessa forma, faz-se

⁷¹ JAKOBS, Günther. *op. cit.*

⁷² CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.* p. 68.

⁷³ BARROS, Flaviane de Magalhães. O inimigo no processo penal: uma análise a partir da relação entre Direito e política. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Cap. 5, p. 87-113.

⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.* p. 59.

⁷⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.*

necessário verificar, ainda que perfunctoriamente, os contornos que a política assume no paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito.

Em Habermas⁷⁶ a atividade política é viabilizada pelo exercício e fruição das liberdades comunicativas em uma relação de equiprimordialidade com as liberdades subjetivas, de maneira a assegurar a autonomia tanto da esfera pública quanto da esfera privada. Portanto, não é possível existir atividade verdadeiramente política se não restar assegurado o pleno gozo, por parte de todos os membros da comunidade política, das cinco categorias direitos e garantias fundamentais adrede mencionadas.

Sendo assim, no paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito o Direito Penal do inimigo sequer pode ser considerado um movimento de política criminal legítimo, na medida em que restringe o gozo e fruição dos direitos e garantias fundamentais por parte de uma minoria a que se atribui o epíteto de “inimigos”.⁷⁷

E é assim porque os movimentos de política criminal não pairam inocentes no mundo das ideias, sem qualquer vinculação com a realidade fenomênica, com a vida vivida, com o mundo da vida. Pelo contrário, eles buscam legitimação pela via do processo legislativo; visam não apenas repercutir na dogmática, mas também alterar as leis vigentes.

Porém, no paradigma procedimentalista de Estado Democrático de Direito

[...] o processo legislativo não legitima a adoção de institutos que vão contra os direitos fundamentais e as garantias processuais em razão do voto da maioria, justamente porque toda a ordem política tem que se voltar para a proteção dos direitos fundamentais. Logo, toda e qualquer sorte de lei que se pautar na retirada de direitos fundamentais e garantias processuais a acusados sob uma justificativa que se trata de excepcional situação de alta criminalidade que precisa ser debelada para a segurança da sociedade usa de argumentos não racionais para pretender legitimar uma ação estatal deslegitimada.⁷⁸

Não obstante a carência de legitimação que marca de maneira indelével as leis inspiradas no Direito Penal do inimigo, fato é que nas últimas décadas várias dessas leis foram promulgadas e estão hoje em vigor, não apenas no subsistema do Direito Penal, mas também, e, *quicá*, principalmente, no subsistema do Direito Processual Penal. Diante deste contexto, é

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.

⁷⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *op. cit.*

⁷⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *op. cit.* p. 109.

obrigação inadiável do jurista comprometido com o Estado democrático identificar essas leis e denunciar-lhes o caráter de não-Direito,⁷⁹ ou mesmo de negação do próprio Direito.⁸⁰

7 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o paradigma da exceção engendrado pelo Direito Penal do Inimigo tem se difundido por grande parte das democracias contemporâneas. Assim, o presente artigo se dispôs a aferir se o discurso da “inimizade” é efetivamente compatível com a consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Juristas renomados como Günther Jakobs defendem a utilização do Direito Penal do Inimigo em situações excepcionais. Nesse mesmo segmento, Teixeira afirma que o próprio Habermas, precursor do modelo democrático aqui encampado, admitiu a existência da figura do inimigo ao prever que os indivíduos devem ter o direito de renunciar a condição de membro de uma comunidade jurídica. Porém, será que essa renúncia automaticamente transforma o indivíduo em inimigo do Estado? E o mais importante: Qual a exata extensão da renúncia idealizada por Habermas?

Ao se manifestar acerca dos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001, Habermas não atribuiu aos responsáveis pelos atentados a etiqueta de “inimigos”. Diametralmente, afirmou que as distorções comunicativas só seriam resolvidas caso ambas as partes levassem em consideração a perspectiva do outro. Ora, se “terroristas” não devem receber o *status* de “inimigo” e devem ter suas opiniões apreciadas, será que alguém efetivamente merece essa titulação?

Ocorre que em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Habermas afirmou, na verdade, que o indivíduo tem a discricionariedade de renunciar a sua nacionalidade, ou seja, de abrir mão de sua nacionalidade originária e optar por uma outra nacionalidade. Contudo, a renúncia à nacionalidade não desagua na declaração de inimizade e interpretar de outro modo significaria retornar às teorias contratualistas, as quais só legitimavam a proteção dos que aderiam ao pacto social.

Em Habermas, o Estado Democrático de Direito equivale a uma comunidade político-jurídica em que todos os membros possuem direito ao *status* de membro da comunidade jurídica. Da mesma forma, esses membros deverão ser igualmente detentores de direitos

⁷⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*

⁸⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

individuais, de direitos de postulação judicial, de direitos políticos e de direitos sociais. Assim, em Habermas, os direitos fundamentais possuem caráter universal. Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo segrega e obstaculiza o acesso a algumas garantias tidas como fundamentais.

Desse modo, com todo respeito aos que pensam de modo diverso, constata-se que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Sendo assim, todas as normas que carregam a filosofia da exceção idealizada pela Teoria devem ser extirpadas dos ordenamentos jurídicos dos Estados comprometidos com a consolidação de uma autêntica democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: AGAMBEN, Giorgio. *O amigo & O que é um dispositivo*. Chapecó: Argos, 2014; Cap. 1, p. 22-25.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O inimigo no processo penal: uma análise a partir da relação entre Direito e política. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Cap. 5, p. 87-113.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRITO, Alexis Couto de. Imputação objetiva. *Crimes de perigo e direito penal brasileiro*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ECO, Umberto. Construirei l nemico. In: ECO, Umberto. *Construirei il nemico e altri scritti occasionali*. Milano: Bompiani, 2011. Cap. 1, p. 9-36.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 1, p. 19-48.

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 3, p. 71-109.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. V. 2. Madrid: Edisofer, 2006. Cap. 11, p. 299-320.

MORENO, Juan Damián. ¿Um derecho procesal de enemigos? In: MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara. *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.1 Madrid: Edisofer, 2006. Cap.14, p. 457-472.

RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 2º ed. Roma: Laterza, 2005.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

SCHMITT, Carl. *Teoria do partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009c.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. O terrorismo como distorção discursiva ou fracasso logocêntrico. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe. *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey. Cap. 3, 2009, p. 37-78.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *Direito Penal de emergência*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revan, 2013.