

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Lílian Queiroz de Souza FERNANDES¹
José Artur Teixeira GONÇALVES²

RESUMO: Este trabalho visa identificar os fundamentos filosóficos do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs. Tendo como ponto de partida o opúsculo *Direito Penal do Inimigo*, o trabalho visita os aspectos do contratualismo que inspiraram o pensamento do autor, dialogando com a idéia de inimigo do Estado, bem como pontos de aproximação e distanciamento entre Jakobs e Rousseau.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Contratualismo. Jean-Jacques Rousseau.

1 INTRODUÇÃO

A teoria do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs, alicerça-se sobre largo substrato filosófico oriundo do contratualismo do século XVIII. Em seu opúsculo *Direito Penal do Inimigo* (2005), Jakobs dialoga com Rousseau, Kant, Fichte e Hobbes, buscando argumentos que o permitam estabelecer uma visão punitiva diferenciada para os cidadãos e para aqueles delinquentes contumazes, que pela periculosidade tornam-se “inimigos do Estado”, a exemplo dos terroristas do 11 de setembro de 2001 (JAKOBS, 2005, p. 30).

Quatro pontos centrais do pensamento jusfilosófico do XVIII são retomados por Jakobs: primeiro, a concepção de Rousseau de que o delinquente, ao infringir o contrato social, torna-se inimigo do Estado, devendo morrer (JAKOBS, 2005, p. 20-21); em segundo, a posição de Ficht, para quem o infrator do contrato social perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano (JAKOBS, 2005, p. 21); terceiro, a tese hobbesiana de que o criminoso de lesa-majestade deve ser castigado não como súdito, mas como inimigo (JAKOBS, 2005, p. 22); por fim, a visão kantiana de que quem abandone o estado comunitário-legal deve ser tratado como inimigo e não como pessoa (JAKOBS, 2005, p. 23).

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: lilianqueiroz@unitoledo.br.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Doutor em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). E-mail: joseartur@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Apesar do amplo pano de fundo filosófico desenhado por Jakobs, focaremos nossa atenção em suas considerações acerca de Jean-Jacques Rousseau, que esboçou uma teoria do direito do inimigo mais abrangente que a do próprio *Leviatã* de Thomas Hobbes.

2 O INIMIGO EM ROUSSEAU

Com fortes marcas do *Contrato Social* de Rousseau, o direito penal do inimigo alarga o caminho entre o “cidadão” e o “inimigo” do Estado, embora, como veremos, haja pontos de discordância entre Jakobs e o filósofo genebrino.

A concepção de inimigo do Estado em Rousseau encontra seu fundamento na teoria do contrato social. Conforme Rousseau, cada contratante do pacto de vontades faz parte de um corpo moral e coletivo, com um “Eu comum”. Passa a existir uma pessoa pública formada pela união de todas as pessoas, chamada de Estado. Os membros chamados de povo e como participantes da autoridade soberana do Estado chamam-se cidadãos, além de vassalos quando submetidos às leis do Estado (ROUSSEAU, 2003, p. 30-32).

No entanto, o indivíduo que violasse as regras do contrato não seria considerado um cidadão, mas sim um inimigo. A pena de morte ou de exílio seria imposta a este. A justificativa se dá pelo fato de o homem ter direito de arriscar a sua vida tentando salvá-la. Neste caso, seria possível, em prol dos demais contratantes, a morte do indivíduo infrator. Como discorre Jean-Jacques Rousseau em *Do Contrato Social* (ROUSSEAU, 2003, p. 46):

O fim do contrato social é a conservação dos contratantes: quem quer o fim quer também os meios, que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso; o cidadão já não é juiz do perigo a que a lei o quis expor e, quando o príncipe lhe diz: convém ao Estado que morras, ele deve morrer, pois só com essa condição viveu até então em segurança, e a sua vida já não é só um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado. A pena de morte que se impõe aos criminosos quase se pode igualmente considerar: para não sermos vítimas de um assassino toleramos padecer a morte, quando réus de tal crime. Longe de dispor da própria vida nesse tratado, nós cuidamos somente de a segurar, e não creio que algum dos contratantes premedite nesse tempo ir à forca.

Desenvolvendo este raciocínio, Rousseau considera que ao insultar o direito social, “torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria”, cessando assim de ser um membro da pátria, “por violar suas leis e à qual faz até guerra” (ROUSSEAU, 2003, p. 46). Desta forma, “a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão”.

Morrer como inimigo, eis a sentença a que se aplica aos infratores do pacto social:

Os processos e a sentença são as provas e declaração de que ele violou o tratado social, e já não é por conseguinte membro do Estado; ora, como ele assim se reconheceu, quando mais não fosse pela sua estada, cumpre ser isolado dele, ou pelo exílio como infrator do pacto, ou com a morte, como inimigo público; que tal inimigo não é uma pessoa moral, mas um homem, e eis quando o direito da guerra é matar o vencido. (ROUSSEAU, 2003, p. 46)

Deve-se ter em mente que a obediência do cidadão à lei é um dos pontos cardiais da sociedade civil pensada por Rousseau, haja vista que a submissão à lei significa a subordinação do indivíduo à vontade geral, uma “submissão à deliberação de si mesmo e de cada cidadão, como partes do poder soberano” (NASCIMENTO, 1989, p. 196). Obedecer à lei significa obedecer ao seu próprio imperativo (como partícipe do contrato social) e à sociedade, formada pelo pacto social das vontades livres.

Neste diapasão, toda infração representa uma afronta ao pacto social, uma fratura no corpo político, motivo pelo qual o infrator perde sua condição de igualdade com os demais pactuantes. Isto, porque, o contrato social exige renúncia da liberdade de cada indivíduo em prol da vontade geral, colocando todos os cidadãos em uma equação de igualdade. A este respeito, Rousseau assenta, no livro I, cap. VI do Contrato Social que, no pacto social,

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo. (ROUSSEAU, 2003, p. 32)

Ao destacar a célebre formulação de Rousseau, Marcio M. Pinto (2007, p. 68) pontua o caráter obrigatório do consentimento unânime do pacto, para que o contrato social se legitime, sem, contudo, renunciar à sua liberdade.

3 JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Baseado nos fundamentos do contratualismo, Jakobs traça um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, aquele que trata o autor de crimes como pessoa e pressupõe que não pratique delitos de modo persistente e este como uma fonte de perigo, uma vez que delinque reincidentemente e por isso está em permanente “guerra” contra o Estado.

Como já dissemos, tal distinção é retomada por Jakobs dos contratualistas. Para Rousseau, Fichte e Kant, qualquer indivíduo que quebre as regras do contrato social é considerado um inimigo. Hobbes considera um inimigo aquela pessoa que cometeu uma alta traição, como, por exemplo, uma rebelião contra o governo (JAKOBS, 2005, p. 26, 28 e 29). Apesar de conceituações diferentes, todos consideram inimigo aquele que sai do estado civil e retorna ao estado de natureza. Para eles esta pessoa põe em risco todas as outras.

Assim, o direito penal do inimigo despersonaliza o indivíduo, uma vez que o Estado tem o direito de procurar garantir a segurança dos demais frente a indivíduos que reincidam na prática de delitos. Já o direito penal do cidadão aplicado sobre criminosos – que conservam o status de pessoa –, além de punição, tem a função de ressocializar. Diferentemente, o direito penal do inimigo tem somente a função de coagir, dar segurança à sociedade. Como o próprio Jakobs resume, no direito penal do inimigo, a função da pena é a eliminação do inimigo; no direito penal do cidadão, a função da pena é a contradição (JAKOBS, 2005, p. 40). Reforçando a via penal do inimigo, Jakobs considera que “ambos tipos podem ser legítimos”.

Apesar de encontrar inspiração filosófica em Rousseau, Jakobs se distancia deste (e também de Fichte) à medida que seu direito penal do inimigo quer manter o delinquente contumaz “dentro” do ordenamento jurídico, e não fora. Além de considerar a separação cidadão/direito “demasiado abstracta”, Jakobs assegura que o ordenamento jurídico deve manter dentro do direito o inimigo, por duas razões: primeiro, porque o delinquente tem o direito de reinserir-se na sociedade, devendo, portanto, manter seu status de pessoa; em segundo lugar, o delinquente tem o dever de proceder a reparação e os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade (JAKOBS, 2005, p. 21-22). Em sua formulação, o direito

penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto que o direito penal do inimigo combate perigos (JAKOBS, 2005, p. 25).

4 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Não se pode falar de quebra de regras em um estado de natureza onde o indivíduo não tenha claramente definidas estas regras. Contudo, em um Estado no qual estas regras são claras e positivadas há a necessidade da conduta da sociedade de acordo com estas normas. No Estado Moderno, no caso de quebra destas regras o autor será punido como cidadão, não um inimigo como os contratualistas Rousseu e Fichte descrevem. No entanto, podemos perceber em países como a Colômbia e a Espanha a introdução de características de um direito penal do inimigo, por exemplo no âmbito da criminalidade organizada e do terrorismo. Percebe-se que não há uma tentativa de reparação de um dano, mas sim a eliminação de um perigo.

Ademais, o adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas e a relativização de garantias processuais são nítidas neste direito. Nota-se uma aproximação do direito penal do autor e um afastamento do direito penal do fato. Há uma prospecção dos fatos ao revés de uma retrospectção. Devido a sua amplitude, é temerária a aplicação do termo inimigo, indivíduos especialmente perigosos que combatem o ordenamento jurídico, como por exemplo os terroristas. Considera-se que, assim, o Estado abre precedente para incorrer em erros de julgamentos. Uma vez que não há como impedir que o Estado use dessa força para caracterizar grupos de seu interesse (ainda que difuso) como inimigos. O direito à liberdade, constitucionalmente garantido, estaria totalmente em xeque. Nosso ordenamento jurídico não permite tal aplicação.

A aplicação de um direito penal do inimigo é uma declaração de incompetência do Estado em garantir políticas públicas satisfatórias e que gerem segurança à sociedade. Se o governo não garante a ressocialização destes criminosos, antes contribui para a reincidência em crimes, uma vez que possui um sistema carcerário totalmente falho e abandonado. Seria justo considerá-los como inimigos? Ou seria mais fácil e barato que a implantação de políticas públicas

eficazes? Se o pacto social forma um corpo, onde cada voto da assembleia representa um membro e se estando um membro do corpo doente é levado ao médico para tentar recuperá-lo ao revés de arrancá-lo fora. Por quê não tentar recuperar o infrator ao invés de arrancá-lo do corpo social? Não fará ele, em algum momento, falta quando curado?

O punitivismo exagerado combinado com a prospecção do suposto fato não seria um retrocesso? Um retorno à época da Inquisição? A possibilidade do exílio ou da pena de morte não seria a negação de toda luta de gênios como Beccaria? Será que não somos capazes de evoluir sem retroceder em fatos que temos experiência histórica de que não foram bons?

Apesar de não fazer parte do nosso ordenamento jurídico, podemos perceber resquícios de ideologia do direito penal do inimigo. Por exemplo, os programas de TV como o do apresentador José Luiz Datena, que introduzem nas pessoas que o assistem uma ideia de que os criminosos não são cidadãos. Já que a TV é um dos grandes formadores de opinião. Essa combinação com a nova alteração do código penal, em que somente podem ser presos preventivamente criminosos que pratiquem fatos graves que ensejem pena maior que 4 anos, gera na sociedade, juntamente com o sensacionalismo causado pela mídia, uma insegurança jurídica e uma sensação de inércia do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Eletrônica Unicoc**. Ribeirão Preto, ano 2, n. 2, p. 1-5, 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf> Acesso em: 07 ago. 2011.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 2008.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2010.

NASCIMENTO, Milton Meira. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 3ª Ed. São Paulo: Ática, 1989.

PINTO, Marcio Morena. **A legitimidade do estado civil na teoria política de Jean-Jacques Rousseau**. 2007. 134 f. Dissertação (Mestrado) –Universidade de São Paulo, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Pietro Nasseti São Paulo: Martin Claret, 2003.