

DIREITO PENAL DO INIMIGO: QUANDO JAKOBS SE APROXIMA DE HOBBS E FREUD

André Pacheco Teixeira Mendes*

Resumo: O direito penal do inimigo tem sido abordado no contexto do endurecimento da lei penal pelo mundo. O objetivo deste trabalho é apresentar o denominado direito penal do inimigo e, dessa forma, realizar uma aproximação entre Günther Jakobs, Hobbes e Freud. Assim, destacaremos alguns aspectos do direito penal de Jakobs, do direito penal do inimigo e, ao final, sinalizaremos pela proximidade dos três autores.

Palavras-chave: Direito Penal, direito penal do inimigo, cidadão, crime, pena, Hobbes, Freud.

Abstract: The enemy criminal law have been worked in the context of the hardening of criminal law throughout the world. The aim of this work is to present the so called enemy criminal law and to proceed a rapprochement between Günther Jakobs, Hobbes e Freud. Thus, we will highlight some aspects of Jakobs' Criminal Law, of enemy criminal law and at the end, we'll signalize to the proximity of the three authors.

Keywords: Criminal Law, enemy criminal law, citizen, crime, penalty, Hobbes, Freud.

* *Mestre em Direito pela PUC-Rio.*

1. Introdução

As sociedades contemporâneas têm dado sinais de endurecimento de seus sistemas jurídico-penais. Muito se discute a respeito das razões que têm levado a esse fenômeno, desde a emergência e consolidação de novas formas de criminalidade – criminalidade transnacional, crimes que violam interesses metaindividuais –, passando pelo generalizado apelo midiático por mais punição, potencializado pelo discurso do incremento da violência, bem como por discursos pautados pela lógica do medo.¹ Diante desse quadro, interessamos abordar o tema do denominado *direito penal do inimigo*, concebido em fins do século XX (1985) pelo jurista alemão Günther Jakobs, que tem despertado a atenção de penalistas e não penalistas, promovendo debates que extrapolam o domínio do direito penal.

A *Revista EPOS – Genealogias, Subjetivações e Violência* – representa campo fértil para, extrapolando o domínio do direito penal, abordarmos de forma interdisciplinar temáticas que, a nosso ver, não devem adstringir-se aos olhares jurídico-penais. Pretendemos estar em consonância com a proposta da perspectiva interdisciplinar de pesquisa esboçada na apresentação desta Revista, descrita com precisão por Joel Birman em *O plural em pauta*. Acreditamos, seguindo tal linha de raciocínio, que o debate acerca do direito penal do inimigo deve romper a fronteira do Direito Penal, viabilizando o diálogo com outros territórios, como os da sociologia, da filosofia e da psicologia.

Assim, este trabalho não se presta a analisar o direito penal do inimigo *de dentro* do direito penal.² Não cabe aqui expor a integralidade da concepção de direito penal de Jakobs, justamente por não ser um trabalho de disciplina estritamente jurídica. Em verdade, propomos realizar uma leitura do direito penal do inimigo que aproxime Jakobs de Hobbes e Freud, de forma a consubstanciar um trabalho que, gestado no direito, dialogue efetivamente com outros campos do saber.

Para isso, em primeiro lugar, cuidaremos de assinalar brevemente aspectos do direito penal segundo Jakobs a partir das noções de pessoa/cidadão, crime e pena. Em segundo lugar, apontaremos algumas

características do direito penal do inimigo, tais como a finalidade da sanção penal e a figura do inimigo. Dadas essas bases, poderemos, em terceiro lugar, realizar propriamente a aproximação de Jakobs com Hobbes e Freud.

2. Breve apontamento sobre o direito penal de Günther Jakobs: pessoa/cidadão, crime e pena

De acordo com o funcionalismo de Jakobs – normativismo sistêmico –, *pessoa é o destinatário de expectativas normativas*, titular de deveres e, “enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como se pode observar, não é algo dado pela natureza, senão uma construção social” (JAKOBS, 2003c, p. 20). O autor pretende distinguir o conceito de pessoa do de ser humano. Este é resultado de processos naturais, aquela é produto social, um produto que constitui uma unidade ideal de direitos e deveres os quais são administrados por meio de um corpo e uma consciência.

Além disso, “ser pessoa significa ter de representar um papel” (JAKOBS, 2003d, p. 30 e JAKOBS, 2000, p. 50). Cada pessoa na sociedade, como titular de direitos e deveres – cidadão –, desempenha uma função social representada em um papel: *pessoa é a representação de uma competência socialmente compreensível* (JAKOBS, 2003d, p. 30 e JAKOBS, 2000, p. 50). Essa concepção de pessoa vai informar conceitos jurídico-penais (imputação objetiva, autor, partícipe), inclusive para efeito de responsabilizar ou não alguém por um fato criminoso. Assim, por exemplo, o próprio autor afirma que, em uma economia com grande divisão de trabalho, não é *papel* do vendedor de um produto cuidar para que o comprador não o utilize para praticar crimes.³ Não é *papel* do vendedor da arma impedir que o comprador a empregue em um roubo, com o que quem vende não pode ser punido. A *expectativa normativa* em relação ao vendedor é de que ele venda os produtos e, assim, cumpra seu *papel* (função social).

Da mesma forma que, como outro exemplo, o taxista que conduz um cliente, sob condições normais, de um lugar a outro, não responderá pelos fatos que este praticar no lugar de destino.⁴ O papel do motorista de táxi é conduzir pessoas aos lugares solicitados: essa é sua função social. Assim,

“quem não faz nada que contradiga seu papel (legal), tampouco defrauda uma expectativa, senão que se conduz de modo socialmente adequado (...)” (JAKOBS, 2004b, p. 27-28). Enquanto destinatário de expectativas normativas, a pessoa que cumpre seu papel, que desempenha sua função social, *confirma a vigência da norma*, possibilitando a manutenção do sistema (social, jurídico). Essa noção de pessoa vai conduzir a uma concepção específica de crime e, posteriormente, a uma concepção específica de pena.

“Delito é comunicação defeituosa” (JAKOBS, 2003d, p. 4 e JAKOBS, 2000, p. 18). O crime é um fato e, como tal, portador de um significado. O crime significa a desautorização da norma, significa um *ataque à vigência da norma*. Desse modo, quando uma pessoa pratica um crime, ela comunica um fato que significa violação da norma jurídico-penal. Mas as normas não podem ser violadas, desautorizadas, atacadas, na medida em que constituem a sociedade: não há sociedade possível sem normas. Nesse sentido, afirma o autor: “a partir da perspectiva de que partimos, o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a *garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade*” (JAKOBS, 2003d, p. 1 – grifo nosso).

A partir dessa noção de crime, como um *fato que significa ataque à norma*, Jakobs chega à sua noção de pena, um *fato que significa a negação do ataque à norma*:

A pena é coação (...). A coação é portadora de um significado, portadora de resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa (...) (JAKOBS, 2008, p. 22).

A ideia da pena como proteção da vigência da norma e, por onde, afirmação da norma, nos termos defendidos por Jakobs, muito se aproxima à clássica visão de Hegel. Para este filósofo, se o crime é a negação da ordem jurídica, *então* a pena deve ser a negação de tal negação: o crime nega o direito, e a pena, negando a negação, reafirma o direito.⁵ Embora haja entendimento⁶ segundo o qual a ideia de Hegel (1770-1831) constitui uma

antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de Jakobs, o próprio autor procura diferenciar a sua concepção da hegeliana. Nesse sentido, considera que a tese de seu antecessor é uma *irracional* sequência de dois males (crime e pena), na medida em que a relação crime/pena é tomada de forma isolada.⁷ Para ser considerada *racional*, a relação de negação crime/pena deve basear-se na compreensão comunicativa do fato (fato crime e fato pena): uma comunicação que se produz entre crime – *afirmação que contradiz a norma* – e pena – *resposta que confirma a norma*,⁸ uma comunicação que torna possível o interacionismo simbólico entre crime e pena.⁹

Essa relação circular entre crime e pena está na base do sistema jurídico penal de Jakobs que, como já podemos deduzir, é um funcionalismo que se baseia na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, por isso se trata de um funcionalismo sistêmico. O sistema de direito penal é, portanto, um *sistema normativo fechado*, autorreferente (autopoietico),¹⁰ em que a relação circular entre crime e pena – uma relação de significado – constitui sua engrenagem.

O direito penal de Jakobs vai recusar a generalizada função atribuída ao direito penal de *proteção de bens jurídicos*, para abraçar a função de *proteção da norma jurídica* (precisamente a norma jurídico-penal). E assim tem pronunciado em diversos trabalhos: “o direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos” (JAKOBS, 2004b, p. 19).¹¹ Como a constituição da sociedade tem lugar por meio de normas, isto é, se as normas determinam a identidade da sociedade, garantir a vigência da norma permite garantir a própria identidade social: *o direito penal confirma a identidade social*. Nesse quadro de proteção da norma e afirmação da identidade social, a sanção penal *previne a erosão da configuração normativa real da sociedade* (JAKOBS, 1998, p. 16) – normativismo sistêmico.

A proteção da norma como função da pena revela a afinidade de Jakobs com a teoria da prevenção geral positiva. Tal aporte teórico tem lhe rendido críticas importantes, tal como a do também alemão Schünemann: “Quando Jakobs define a pena como reação levada a cabo a expensas do autor pela violação da norma, com o fim de exercitar na população a confiança no Direito, *não pode assim explicar nem a necessidade da pena nem sua legitimação*

frente ao afetado” (SCHÜNEMANN, 1997, p. 92 – grifo nosso). De todo modo, Jakobs é categórico, a pena deve representar uma aprendizagem coletiva e generalizada de fidelidade ao ordenamento jurídico como atitude natural: “por conseguinte, a pena significa uma contradição do significado do fato, e a dor da pena deve produzir prevenção geral positiva” (Tradução livre de JAKOBS, 2003c, p. 57).

3. O Direito Penal do Inimigo

No entanto, Jakobs não prevê a função preventiva geral positiva da pena para todos os fatos ocorridos no interior do sistema jurídico-penal. Em outros termos, nem sempre a sanção penal desempenhará a função de proteger a vigência da norma (prevenção geral positiva), pois, em determinadas situações, ela deverá assumir outra feição: *a eliminação de um perigo* (prevenção especial negativa). Chegamos ao direito penal do inimigo.

Mas quem são os inimigos? Quem é essa pessoa que deve ser tratada como inimigo? Com a palavra, Jakobs:

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual[...]) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, [...]), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta (JAKOBS, 2004a, p. 45).

Nesse sentido, “O inimigo é um indivíduo que (...) abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta” (JAKOBS, 2003a, p. 57). Jakobs sugere que quem pretende ver-se tratado como pessoa, deve demonstrar que vai se comportar como pessoa. Se não dá essa demonstração expressa, o direito penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o inimigo.

É importante lembrar o que, para Jakobs, significa ser *pessoa*: significa desempenhar um papel, cumprir suas expectativas normativas. A concepção antropológica de ser humano como pessoa que representa um papel – exercício de uma função dentro do sistema – vai ser o ponto de referência do direito penal. Se o sujeito não representa seu papel e, ao revés, passa a praticar crimes (*fato que significa ataque à norma*) de forma *reiterada*, então ele abandona o direito, abandona sua condição de pessoa, de cidadão, e assume a condição de opositor da ordem jurídica, de adversário, inimigo.

Isso porque quem pratica crimes de forma habitual, reiterada, não está produzindo meras *perturbações socialmente internas*¹² (no sistema social, jurídico) senão colocando em risco a própria manutenção do sistema. O autor faz afirmação contundente:

A pessoa no Direito, isto é, a titular de deveres e direitos, só pode ser tratada como pessoa na medida em que no fundamental se conduza de maneira conforme a norma; se se comporta permanentemente como um diabo, se se converte em um inimigo, vale dizer, em uma não pessoa (Tradução livre de JAKOBS, 2003c, p. 54).

Não se trata mais de punir uma *pessoa*, trata-se de punir uma *não pessoa*, e essa não pessoa é o *inimigo*. Por tal razão, Jakobs produz uma distinção entre um direito penal do cidadão (pessoa) e um direito penal do inimigo (não pessoa). Seriam dois tipos ideais que dificilmente apareceriam na realidade de modo puro,¹³ sendo certo que no direito penal do cidadão existiriam elementos do direito penal do inimigo, bem como no direito penal do inimigo existiriam elementos do direito penal do cidadão.¹⁴

Jakobs fez referência ao direito penal do inimigo pela primeira vez em 1985,¹⁵ demonstrando sua preocupação com o avanço de elementos do direito penal do inimigo no direito penal do cidadão. Como o direito penal do inimigo “só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente, (...) os preceitos a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal dos cidadãos” (JAKOBS, 2003b, p. 143). Isto porque, “em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. (...) Por isso, a introdução de um cúmulo (...) de linhas e fragmentos de direito penal do inimigo no direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito” (JAKOBS, 2008, p. 43).

Nesse contexto, o alemão vislumbra, de um lado, um direito penal dirigido aos cidadãos, à pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de proteger a vigência da norma; por outro lado, um direito penal dirigido aos inimigos, à não pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de eliminar um perigo. Assim, o **primeiro** teria como objeto os crimes praticados de forma incidental, ou seja, os que abrangem fatos isolados, contradições entre *pessoa e norma jurídico-penal* que existem de forma inevitável na vida em sociedade, mas que são episódicas. De outra parte, o **segundo** sistema toma por objeto os crimes perpetrados de forma habitual, isto é, abarcam práticas reiteradas vinculadas a organizações criminosas, associações terroristas, tráfico de entorpecentes, criminalidade econômica:¹⁶ realidades do mundo de hoje que devem ser combatidas de forma excepcional.

Para os inimigos do direito penal, Jakobs prevê:¹⁷ (1) antecipação do momento da punibilidade, mudando a perspectiva da punição do *ato praticado* (punibilidade a partir da tentativa) para a do *ato que se vai praticar* (punibilidade a partir dos atos preparatórios);¹⁸ (2) aumento das penas previstas em abstrato; e, (3) supressão de garantias materiais e processuais, como tornar o acusado incomunicável.

Dessa forma:

(...) o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento como cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (JAKOBS, 2008, p. 37).

Com essa afirmação, podemos verificar os dois “direitos penais”, sendo certo que, enquanto a pena para o cidadão visa à proteção da norma, à proteção da configuração normativa da sociedade, a pena para o inimigo visa à eliminação de um perigo. Com isso, Jakobs quer aplicar uma *medida de segurança* aos inimigos, e não uma pena, como forma de prevenção especial negativa, neutralizando assim o inimigo.¹⁹ As medidas de segurança dirigem-se aos inimputáveis²⁰ e obedecem ao critério da *periculosidade* do autor, ao contrário das penas, que observam a *culpabilidade* do autor (liberdade da vontade – poder agir de outro modo que não o criminoso – livre-arbítrio).

Como aparente forma de justificar a ideia de punir para *eliminar um perigo*, tratando um cidadão como *não cidadão*, uma pessoa como *não pessoa*, isto é, como um inimigo, Jakobs recorre a filósofos que estão na base do pensamento da modernidade: Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte. Assim, quer mostrar “que o *status* de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder” (JAKOBS, 2008, p. 26). Faz referência expressa ao inimigo em Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte.²¹ Assim, por exemplo, em Rousseau:

(...) qualquer malfeitor, atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se faz que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo (ROSSEAU, 1973, p. 58).

4. O inimigo de Jakobs e o modelo moderno punitivo hobbesiano-freudiano

O direito penal do inimigo encontra sua condição de possibilidade no modelo punitivo moderno resultante da aproximação entre Hobbes e Freud. Esse modelo é impertinente na medida em que, gestado a partir dos pressupostos da modernidade hegemônica, não pode mais resistir diante de sua crise.²² Para demonstrarmos que a formulação teórica de Jakobs é produto genuíno de Hobbes e Freud, são necessárias algumas considerações sobre esses autores.

Pela teoria contratualista, o estado de natureza é o marco inicial e o estado social/político/civil é o ponto de chegada. A via que permite a passagem da *natureza* à *cultura* é o contrato. Para Hobbes, o contrato (transferência mútua de direitos) é a única maneira de retirar o ser humano da condição de guerra de todos contra todos que caracteriza o estado de natureza. O ser humano hobbesiano é *essencialmente agressivo*, vive em uma guerra que é consequência necessária de suas paixões naturais.

Nesse sentido, os seres humanos renunciam às suas liberdades ilimitadas e conflitantes no estado de natureza, em favor do *Leviatã*, centro único de poder, polo normativo único. O objetivo na constituição do *Leviatã*, do estado soberano, é a *garantia da segurança*, a viabilização da paz. Há, portanto, a saída de um estado de medo, típico da *natureza*, para um estado de

temor, típico da *cultura*. A ideia de temor no estado social/político/civil parece derivar da própria ideia do *Leviatã*.

O *Leviatã* é para Hobbes o “(...) deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa” (HOBBS, 2006, p. 131). *Leviatã* é um monstro bíblico, presente em algumas passagens no livro de Jó, no Antigo Testamento, ao qual o autor inglês recorreu para ilustrar a figura do soberano, que representa o Estado, a multidão unida numa só pessoa.

Os súditos do soberano renunciam racionalmente às suas liberdades infinitas e colidentes em prol de liberdades finitas e não colidentes, de tal modo que transferem ao soberano o direito (natural) de governar a si mesmo. O fundamento da obediência em Hobbes decorre da ideia segundo a qual os súditos, ao obedecerem ao Soberano, estarão obedecendo a si mesmos.

“Uma pena é um castigo imposto pela autoridade pública, a quem praticou ou omitiu o que essa autoridade considera transgressão da lei, para que assim a vontade dos homens fique orientada à obediência” (HOBBS, 2006, p. 227).

Qual a razão para se punir no modelo de Thomas Hobbes? A essa pergunta o autor parece dar a resposta tal como destacado: *para que assim a vontade dos homens fique orientada à obediência*.

Vimos que, para Hobbes, o fundamento da obediência deriva da noção de que, ao obedecerem ao Soberano, os súditos estarão obedecendo a si mesmos. Se isso é verdade, será verdade também que, desobedecendo ao soberano e suas leis, estar-se-á desobedecendo a si próprio e às próprias leis. Pune-se, portanto, para conformar a vontade dos homens à lei.

Ora, se para Hobbes a razão da punição está na orientação da vontade dos homens à obediência à lei, então é lícito afirmar que a teoria da *prevenção geral positiva*, que pretende defender a lei – afirmar a vigência da norma, para Jakobs –, é a mais indicada a qualificar o modelo do autor.

A pena encontra seu sentido na defesa do Estado e de suas leis, frutos do contrato social, o qual retira os indivíduos daquele estado de natureza qualificado por uma guerra de todos contra todos. Nesse sentido, a punição:

(...) defende prioritariamente a autoridade do Estado contra os que transgridem diretamente as suas leis e indiretamente a segurança de todos. O castigo protege a ordem pública instaurada pelo Estado. (...) o

que justifica que se puna a infração é a ordem e a unidade do Todo do Estado como articulação apertada de uma Soberania autoritária sobre um povo obrigado (GARAPON, GROS e PECH, 2001, p. 76).

A pena como prevenção geral positiva, isto é, como afirmação da ordem jurídica, parece reconhecer no modelo hobbesiano um precedente importante que, não à toa, repercutirá em modelos e reflexões jurídicas posteriores na história do pensamento moderno ocidental, inclusive no de Jakobs. Fica definido, portanto, que o ser humano é para o autor inglês naturalmente agressivo e, por isso, deve ser contido a bem da segurança de todos e da integridade do Estado.

De outra parte, é sabido que as reflexões e trabalhos de Freud foram capazes de mexer substancialmente nas bases da modernidade hegemônica. A descoberta de um psiquismo inconsciente pôde *explicitar* os limites da racionalidade do real (pressuposto ontológico), *provar* outras formas de apreensão do real diferentes da apreensão científica (pressuposto epistemológico) e *identificar* o ser humano para além de uma mera máquina consciente (pressuposto antropológico).²³

Do pensamento freudiano deriva a ideia segundo a qual a repressão da agressividade é indispensável a qualquer sociedade. Parte-se do pressuposto antropológico de que **o homem é o lobo do homem** (*homo homini lupus*) e, sendo agressivo por natureza, merece ser contido nessa agressividade, a bem da própria possibilidade do convívio social:

(...) os homens não são criaturas gentis que desejam ser amadas e que, no máximo, podem defender-se quando atacadas; pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos deve-se levar em conta uma poderosa quota de agressividade. Em resultado disso, o seu próximo é, para eles, não apenas um ajudante potencial ou um objeto sexual, mas também alguém que os tenta a satisfazer sobre ele a sua agressividade, a explorar sua capacidade de trabalho sem compensação, utilizá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apoderar-se de suas posses, humilhá-lo, causar-lhe sofrimento, torturá-lo e matá-lo. – Homo homini lupus. Quem, em face de toda sua experiência da vida e da história, terá a coragem de discutir essa asserção? (FREUD, 1996, p. 116).

Trata-se de um postulado determinista, típico da mentalidade moderna: *se não reprimir, não há sociedade possível*. Tal ideia freudiana deve ser destacada como um ponto de contato em relação à concepção de ser humano em Hobbes. Assim, bem observa Anitua:

Seguramente, a visão do homem de Freud era muito negativa, não muito distante da de Hobbes. O ser humano teria tendências agressivas 'naturais', chamadas instintos ou pulsões, que lutam por aflorar e são limitadas pela 'segurança' da civilização, o que produz, definitivamente, um mal-estar – neste caso individual – manifestado em sentimento de culpa e em ações concretas, quer 'criminosas', quer 'punitivas' (ANITUA, 2008, p. 398).

Na verdade, embora as elaborações teóricas de Freud (e práticas) tenham criado um campo fértil para a crítica das concepções modernas sobre o conhecimento e sobre o ser humano, ele permaneceu atado aos dualismos próprios da modernidade hegemônica, os quais opõem natureza e cultura, sociedade e indivíduo. Ficou, dessa forma, preso à concepção da natureza como máquina determinada por leis causais, bem como à concepção de ser humano determinado por sua agressividade. Nesse sentido, é de se observar que:

De um lado, a afirmação do psiquismo inconsciente e de suas capacidades – registro, percepção, apreensão de sentido, imaginação –, bem como as características do saber por ele fundado – a psicanálise –, caracterizam uma frontal contestação às concepções do paradigma sobre o homem e sobre o processo de conhecimento. No mesmo sentido, opera a descoberta do papel central da afetividade humana nos processos de produção e apreensão de sentido. Por outro lado, a manutenção de uma concepção determinista de natureza, bem como de uma concepção hobbesiana de indivíduo e suas relações com a sociedade, aprisionam seu pensamento nos estreitos limites traçados pela concepção moderna (PLASTINO, 2006, p. 387).

A partir da noção de ser humano naturalmente agressivo, *determinado* a apoderar-se de posses, humilhar, causar sofrimento, torturar e matar – como destacado acima – Freud vai enxergar na repressão a saída para o domínio do *perigoso desejo de agressão do indivíduo* (FREUD, 1996, p. 127).²⁴ As leis penais devem ser elaboradas à vista da propensão natural do homem a delinquir:

A lei apenas proíbe os homens de afazer aquilo a que seus instintos os inclinam; o que a própria natureza proíbe e pune, seria supérfluo para a lei proibir e punir. Por conseguinte, podemos sempre com segurança pressupor que *os crimes proibidos pela lei são crimes que muitos homens têm uma propensão natural a cometer* (FREUD, 1999, 128)

Nesses termos, se o indivíduo não consegue reprimir sua agressividade (repressão) e, ao contrário, faz aflorá-la, a *civilização/cultura* deve agir por meio da punição para conter os demais impulsos de agressividade, tanto daquele que praticou um crime quanto dos demais membros da comunidade. Sobre esse ponto, a afirmação freudiana:

Se uma só pessoa consegue gratificar o desejo reprimido, o mesmo desejo está fadado a ser despertado em todos os outros membros da comunidade. A fim de sofrear a tentação o transgressor invejado tem de ser despojado dos frutos de seu empreendimento e o castigo, não raramente, proporcionará àqueles que o executam uma oportunidade de cometer o mesmo ultraje, sob a aparência de um ato de expiação. Na verdade, este é um dos fundamentos do sistema penal humano e baseia-se, sem dúvida corretamente, na pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso como na sociedade que se vinga (FREUD, 1999, p. 79).

Esta passagem é reconhecida na *literatura penal*, e serve para qualificar a suposta finalidade da pena em Freud, que seria de prevenção geral:

Ya Freud encontró uno de los ‘fundamentos del ordenamiento penal humano’ en las necesidades de la *prevención general*: ‘Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento...’ (ROXIN, 1997, p. 91).

A pena assumiria a função de conter a agressividade natural dos homens e, bem assim, conservar a civilização. O Estado pune, realiza o impulso vingativo da sociedade e possibilita a manutenção da forma social de vida, fundada em repressão e punição.

Hobbes e Freud veem na punição a viabilização da vida social: o primeiro pune para manter o Estado e as leis (contrato), freando assim o *homem lobo do homem* e conferindo segurança e paz à comunidade; o segundo pune para manter a civilização/cultura, freando assim os impulsos agressivos naturais do ser humano.

Jakobs também vê na punição a viabilidade da vida social: pune para proteger a norma que mantém o sistema social – direito penal do cidadão –, e pune para eliminar o perigo que pode destruir o sistema social – direito penal do inimigo.

O direito penal do inimigo tem como alvo uma não pessoa que pode destruir a vida social e, bem por isso, deve ser neutralizada, inocuizada, excluída da sociedade. O sistema encontra conforto e respaldo no modelo moderno punitivo hobbesiano-freudiano. *O inimigo é aquele que não aceitou a repressão, tornando-se adversário do Estado (Hobbes), da civilização/cultura (Freud), do sistema social (Jakobs).*

Esse modelo moderno de punição hobbesiano-freudiano que opõe sociedade e indivíduo é impertinente e, sendo o direito penal do inimigo tributário dele, torna-se também impertinente. A concepção filosófica que está na base desse paradigma punitivo, isto é, o dualismo sociedade/indivíduo, agressividade natural do ser humano, é em si impertinente. A partir do momento em que Jakobs, de acordo com sua formulação teórica, abraça tais concepções filosóficas, opondo indivíduo e sociedade, acaba por construir um direito penal de exceção que é absolutamente impertinente no quadro da própria crise do paradigma da modernidade. Nesse contexto:

Esta oposição conflituosa entre o indivíduo e a sociedade sustenta-se, inequivocamente, numa perspectiva individualista que não pensa a constituição do sujeito, mas seu funcionamento no processo de socialização. Adere, implicitamente, à perspectiva moderna, segundo a qual o indivíduo precede a sociedade, diferenciando, assim, os processos de constituição da subjetividade e de socialização (PLASTINO, 2006, p. 389).

5. Considerações finais

O direito penal do inimigo encontrou sua condição de possibilidade teórica no interior do saber moderno. E tem encontrado sua condição de possibilidade prática no conceito de *combatente inimigo* desenvolvido pela Corte Suprema dos EUA, intensificado na Era Bush.²⁵ “O direito penal do inimigo é uma forma agressiva de controlar as chamadas ‘subculturas perigosas’, como o combate ao crime organizado, especialmente terroristas” (FROMMEL, 2008, p. 75). Crime organizado – drogas, armas, criminalidade econômica, prostituição –, criminalidade de massa (crimes patrimoniais), crimes cometidos por terroristas, imigrantes, pessoas pobres e ricas, conformarão o público-alvo de indivíduos-não-pessoas do direito penal do inimigo.

Mas uma distinção entre um direito penal para o cidadão-pessoa e outro para o indivíduo-não-pessoa não parece a saída para os complexos problemas contemporâneos da delinquência. É impertinente a distinção, já que fundada no modelo moderno hobbesiano-freudiano de punição, para o qual o ser humano é um agressor por natureza que merece ser contido para viabilizar o Estado (Hobbes) e a civilização (Freud). O ser humano não é esse inimigo da sociedade forjado por Hobbes/Freud/Jakobs.

Curiosamente, podemos encontrar em Hans Welzel, antecessor e mestre de Jakobs, uma crítica antecipada ao direito penal do inimigo e seu alvo, a não pessoa (inimigo):

O Direito também pode obrigar ao homem só enquanto pessoa. Mas então tem por sua vez que reconhecê-lo como pessoa. O Direito, enquanto ordem normativa, pressupõe como própria condição de possibilidade, o reconhecimento do homem como pessoa. Aqui – no reconhecimento tacitamente pressuposto do homem como pessoa – reside a diferença decisiva entre o Direito e o simples poder (...) (WELZEL, 2006, p. 214).

E é precisamente nisso que o direito penal do inimigo tende a se transformar: puro poder e, como tal, impertinente e inaceitável. Podemos optar, *de um lado*, por um mundo dividido entre cidadãos e não cidadãos, pessoas e não pessoas, inimigos e não inimigos, um mundo em que o poder de punir diferencia seres humanos para excluí-los, neutralizá-los, eliminá-los, visto que é um agressor por natureza, um mundo em que o direito penal não encontra limites, a bem da sua própria preservação; *por outro lado*, podemos optar por um mundo que não destaca o ser humano da realidade, que o compreende em conjunto com a complexidade dos fenômenos da vida social, que o acolhe, em vez de eliminá-lo, que o respeita e nele aposta, em vez de dele desistir, um mundo em que o direito penal reconhece seus próprios limites, em vez de festejá-lo como a salvação da humanidade – ou *preservação do sistema social*.

Referências bibliográficas

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BATISTA, Vera Malaguti. O medo na cidade. In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002, p. 205-211.
- BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 23 dez. 2010.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants. *New Criminal Law Review*, v. 11, n. 4, p. 529–562, 2008. Disponível em: <http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/GOMEZ-JARA_3.pdf>. Acesso em: 14 de jan. 2011.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. In: *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Totem e Tabu*. Trad. de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

FROMMEL, Monika. Rebels, Bandits And Intriguers – Why Germans Are Having A Debate On “Enemy Criminal Law” In The 21st Century: And Thus Are Falling Behind The Dramaturgy Of Nlightened Theatre Of The Late 18th Century – To Think Schiller’s Bandits. *Revista Panóptica*. Número 11, p. 75-86, fev. 2008. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A4.pdf>. Acesso em: 14 de jan. 2011.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia. E a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº 7, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 4 de jan. 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.

_____. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

_____. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004a.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Trad. de André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003b.

_____. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiió Sánchez. Madrid: Civitas, 2003c.

_____. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiió Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003d.

PLASTINO, Carlos Alberto. A cidadania como pertencimento: uma reflexão a partir da psicanálise. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 4, nº 2, p. 385-394, 2006.

_____. *O primado da afetividade: A crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

_____. *Sentido e complexidade*. In: PLASTINO, Carlos Alberto; BEZERRA JR., Benilton (Orgs.). *Corpo, afeto e linguagem: a questão do sentido hoje*. Rio de Janeiro: Contra-Capa, 2001, p. 43-90.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato Social*. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1973.

ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. (1997). Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

WELZEL, Hans. (2006). *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

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

Notas

¹ Sobre a relação entre lógica do medo e endurecimento do sistema penal, cf. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade*. In: Carlos Alberto Plastino. (Org.). *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002, p. 205: “Minha hipótese central é de que a hegemonia conservadora em nossa formação social usa a difusão do medo como mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social.”

² Para o propósito de análise do direito penal do inimigo sob uma perspectiva *de dentro* do direito penal, cf. GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, Nº 7 – Dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2011.

³ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad.: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiió Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 54.

⁴ Id., *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b, p. 27. É importante observar que tanto o exemplo do vendedor quanto o do taxista também podem ser resolvidos à luz dos conceitos do finalismo de Hans Welzel, só que segundo outros critérios, como o *nexo de causalidade*, o *dolo* e os conceitos de *autoria* e *participação*.

⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 455.

⁶ Ibid.

⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 17; e na versão brasileira, *Sociedade, norma e pessoa*, p. 3.

⁸ Ibid., p. 17; e na versão brasileira, Ibid., p. 3.

⁹ Id., *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 22.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77, v. 1.

¹¹ JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, p. 19; *Direito Penal do Inimigo*, p. 22; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 28; *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15-16; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 59.

¹² Id., *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, p. 59.

¹³ Id., *Direito Penal do Inimigo*, p. 21.

¹⁴ GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

¹⁵ De acordo com ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 157; e GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*, p. 75; no Brasil, o artigo de 1985 em que Jakobs empregou o termo “direito penal do inimigo” está em JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*, p. 108-143 (Cap. IV, *Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*).

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, p. 56.

¹⁷ Cf. *Ibid.*, p. 55-57.

¹⁸ De acordo com as etapas de realização do delito (*iter criminis*) – 1. Cogitação; 2. Atos preparatórios; 3. Atos executórios; 4. Consumação – a punibilidade se inicia, em regra, nos atos executórios, ou seja, a partir da tentativa (início da execução da prática de um crime, o qual não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente).

¹⁹ JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 58, “Por consiguiente, en el ámbito del efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, *el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro*. En el plano material, se trata de una *medida de seguridad* que se denomina «pena»: la custodia de seguridad. Tal modo de tratar a un autor no necesariamente ha de ser ilegítimo” (grifo nosso).

²⁰ Art. 26 do Código Penal brasileiro: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 6 de janeiro de 2011.

²¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Org. e trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 25-27.

²² Sobre o tema da crise do paradigma da modernidade hegemônica cf. PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: A crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001 e SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

²³ Cf. PLASTINO, Carlos Alberto. Sentido e complexidade. In: PLASTINO, Carlos Alberto; BEZERRA JR., Benilton (Orgs.). *Corpo, afeto e linguagem: a questão do sentido hoje*. Rio de Janeiro: Contra-Capa, 2001, p. 43-90.

²⁴ “A tensão entre o severo superego e o ego, que a ele se acha sujeito, é por nós chamada de sentimento de culpa; expressa-se como uma necessidade de punição. A civilização, portanto, consegue dominar o perigoso desejo de agressão do indivíduo, enfraquecendo-o, desarmando-o e estabelecendo no seu interior um agente para cuidar dele, como uma guarnição numa cidade conquistada.” FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 127.

²⁵ Cf. “The American concept, i.e., Enemy Combatants, has been basically developed by the U.S. Supreme Court and more recently by the Bush administration.” In: Díez, Carlos Gómez-Jara. Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants. *New Criminal Law Review*, v. 11, n. 4, p. 529, 2008. Disponível em: <http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/GOMEZ-JARA_3.pdf>. Acesso em: 14 de jan. 2011

Recebido em 27/01/2011

Aceito para publicação em 8/04/2011