# DE PROTÁGORAS A GÜNTHER JAKOBS: DELINEAMENTOS JUSFILOSÓFICOS, TEÓRICO-POLÍTICOS E JURÍDICO-PENAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Cláudio Ribeiro Lopes[1], Douglas Borges de Vasconcelos[2], Vanessa Yoshiura [2]

[1] Professor Assistente da UFMS (DCS/CPTL) – Campus de Três Lagoas. clopes@stetnet.com.br, [2] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas. Pesquisador vinculado a Grupos de Pesquisa do CNPq. Artigo originário de PIBIC-Bolsista 2010-2011

**RESUMO**

Busca-se investigar alguns aspectos controvertidos sobre o denominado Direito Penal do inimigo, dando-se ênfase à análise das bases fundantes do referido modelo.
**Palavras-chave:** Direito Penal do inimigo. Bases epistemológicas.

# FROM PROTAGORAS TO GÜNTHER JAKOBS: PHILOSOFICAL, THEORETICAL–POLITICAL AND LEGAL–CRIMINAL OUTLINE OF ENEMY CRIMINAL LAW

**ABSTRACT**

This study aims at investigating some controversial aspects of Enemy Criminal Law, emphasizing the analysis of the basic aspects of the referred model.
**Keywords**: Enemy Criminal Law; Epistemological Basis.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo por base a ideia de um determinado nível elevado de insegurança cognitiva que acua e amedronta as relações sociais, bem como, o anseio global pela definitiva resposta estatal à criminalidade, reaviva-se – como forma de viabilização da coexistência pacífica entre os homens – a proposta doutrinária que objetiva a legalização do tratamento rígido e excludente daqueles que violem a paz social: trata-se do denominado Direito Penal do inimigo. Com relevante fundamentação jusfilosófica e teórico-política – que remonta desde Protágoras, no século V a.C., até Thomas Hobbes – este sistema jurídico-penal tem como defensor de maior destaque Günther Jakobs, que prega a existência de um Direito Penal comum – dirigido aos *cidadãos* (pessoas) – e um Direito Penal do inimigo, dirigido aos indivíduos rotulados como inimigos sociais (não-pessoas), que – por essa razão – devem ser guerreados, já que ao transgredirem as normas sociais e causarem a insegurança cognitiva da coletividade, demonstram não ostentarem a sua preservação.

## 2 DELINEAMENTOS JUSFILOSÓFICOS E TEÓRICO-POLÍTICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 2.1 A exclusão do delinqüente habitual na sofistica grega

A concepção do delinqüente como inimigo, ou, de modo específico, como um tumor canceroso que deve ser defenestrado do corpo político, encontra seu marco inicial no século V a.C., nas teorias da sofística grega.

I) A exclusão do delinqüente habitual na teoria de Protágoras: parte da premissa de que jamais poderiam existir comunidades humanas se todos não comungassem – em igual medida – do sentido moral e da justiça, sendo que aquele que fosse incapaz de reger sua conduta por esses valores deveria ser eliminado como uma doença da cidade. Nega-se qualquer caráter retributivo ao castigo, atribuindo-lhe apenas finalidades dissuasórias e pedagógicas. Entretanto, segundo esta concepção, para aqueles que – mesmo sendo educados – voltem a delinqüir (delinqüência habitual), dever-se-á atribuir como punição a expulsão da cidade, ou, a matar-lhe, como se fosse um incurável. Nesses casos, a finalidade da medida é a inocuização do indivíduo.

II) O risco e a insegurança cognitiva no estado de ilegalidade pela perspectiva do Anônimo de Jâmblico: para o sofista referido, somente a submissão a lei, ou seja, o estado de legalidade, torna possível a vida em comum. Assim, a coexistência pacífica entre os homens ocorre apenas em razão da lei e da justiça, razão pela qual esses elementos nunca podem ser abolidos da órbita social. O estado de legalidade é um estado de bens supremos, sendo que a legalidade bem estabelecida origina confiança e segurança: responsáveis pela produção de grandes benefícios para a coletividade. Já no estado de ilegalidade, paradoxalmente, reina a desconfiança e o risco permanente, visto que inexiste segurança cognitiva no comportamento alheio. Por conseqüência, nesse estado, os homens experimentam o temor e o medo provocados por essa insegurança. Por esta razão, como os homens são incapazes de viverem sem lei e justiça e aqueles que não se subordinam a esses norteadores são alvo da guerra, deverão ser submetidos à escravidão por não pautarem sua conduta na legalidade.

III) Tomás de Aquino e a equiparação dos pecadores aos animais: no período medieval são encontradas referências à perda do *status* de certos homens com sua conseqüente exclusão da comunidade. Tomás de Aquino prega a perda da dignidade humana ao transgressor das normas comunitárias – elaboradas de acordo com as leis divinas – já que aquela somente é adquirida

quando o homem é virtuoso. Por isso, o delinqüente não a possui, pode – destarte – ser morto como um animal.

### 2.2 O inimigo na filosofia moderna

O entendimento de que o transgressor das normas sociais deve ser excluído da sociedade consolida-se na filosofia moderna, especificamente em Jean Jacques Rousseau, Ficht, Emannuel Kant, e Tomas Hobbes.

I) O delinqüente como inimigo em Rousseau: reconhece como inimigos alguns delinquentes, considerando-os como não-pessoas morais, ou seja: nega-se a condição de pessoa moral, visto que todo criminoso – ou malfeitor – ao atacar o direito social, converte-se – juntamente com o delito praticado – em rebelde e traidor da pátria, deixando de ser membro da sociedade. Desse modo, a conservação do Estado mostra-se incompatível com a preservação do delinqüente, sendo, por tal razão, necessária a aniquilação do transgressor: fato que ocorre em função da sua condição de inimigo, e não de cidadão. Por romper o pacto social, o inimigo deve ser retirado da sociedade: pela morte, ou, pelo desterro.

II) Fichte e a equiparação do delinqüente à uma cabeça de gado: os homens – objetivando a convivência pacífica – confeccionam um contrato cidadão, onde exige-se a prudência necessária para a vivência social (pacífica). Em contrapartida, quem assim age recebe todos os direitos de cidadão e ser humano. Entretanto, para a efetivação desse ganho de direitos, faz-se necessário que o indivíduo ofereça segurança a todos os demais cidadãos, sendo que na ocorrência de transgressão da norma e, por conseqüência, a insegurança dos cidadãos, o contrato cidadão é anulado, inexistindo qualquer direitos. Entretanto, diante do interesse estatal na manutenção de seus cidadãos, propõe que toda a sociedade realize um pacto de expiação, por meio do qual todos se comprometeriam a não matar ou excluir o transgressor, e sim, cominar uma pena alternativa, uma punição diversa.

Ressalta-se que tal pacto somente seria aplicado caso fossem observadas as seguintes condições: 1) a transgressão não poderia comprometer a segurança pública; 2) a conduta do transgressor não poderia consistir em assassinato intencional e premeditado, sendo que esse delinqüente deveria ser eliminado de imediato e sem delongas. Assim, anula-se o contrato cidadão, e o Estado passa a não ter nenhum dever em relação ao criminoso, sendo legítima qualquer arbitrariedade contra o transgressor, que, nesse moldes, é equiparado a uma coisa, nas palavras de Ficht: a uma cabeça de gado.

III) Kant e a licitude de hostilidades contra os que se encontram no estado de Natureza, isto é, contra os inimigos: a obra *Sobre a paz perpétua*, de Kant, é o marco delineador da temática ora analisada. Nela contrapõe-se o estado de natureza – *status naturalis* – ao estado de paz, que existe quando os homens vivem juntos, ou, entre os povos ou Estados que se relacionam com os demais, sendo que a paz somente poderá ser garantida mediante a instauração de um Estado Legal, ou seja, de uma constituição jurídica segundo o direito político dos homens – *ius civitatis* – e segundo o direito internacional dos Estados – *ius gentium*. O estado de natureza é um estado de guerra, caracterizado pela insegurança constante, mesmo que não exista nenhuma hostilidade declarada. Com a instauração do Estado Legal, proporciona-se a garantia da paz, já que os indivíduos oferecem segurança uns aos outros. Nesse contexto, o simples ingresso do individuo nesse estado oferece ao seu próximo a necessária segurança cognitiva para a coexistência pacífica. Para Kant, no estado de natureza a simples existência alheia lesa a tranqüilidade do homem, já que há

carência de leis. Nesse sentido, Kant considera como inimigos aqueles que não tenham entrado no estado civil (sócio-legal), ou, que tenham se afastado desse estado, regressando ao estado de natureza. Para ele, o simples fato de o homem se encontrar nessa última situação legitima o Estado a praticar a hostilidade contra o inimigo, mesmo que ele não tenha praticado nenhuma conduta lesiva, pois a mera omissão de hostilidades não é garantia de paz, já que o perigo inerte não é perigo inexistente.

IV) Tomas Hobbes e a distinção entre um Direito Penal (civil) para os maus cidadãos, e um direito inerente à guerra contra os inimigos: os inimigos são os indivíduos que se encontram no estado de natureza, ausentando-se de segurança cognitiva. Destarte, como o bem supremo do homem é a sua própria existência, nesse estado ela estaria em perigo, visto que a natureza faz todos os homens iguais, na alma e no corpo. Em decorrência da ausência de um poder que limite a liberdade humana, todos possuem direito a tudo, inclusive a dispor do próximo. Assim, pela igualdade e o direito de todos a tudo, cria-se um estado de guerra, sendo todos os homens inimigos uns dos outros. Nesse diapasão, a competição para a conquista dos bens da vida conduz ao antagonismo, inimizade, pois a única forma de se apropriar do bem é aniquilando o outro competidor. Todavia, o homem pode sair do estado de natureza de duas formas: pela paixão, ou pela razão. Pela paixão, o homem adquire sua comodidade por meio do domínio dos demais, existindo, contudo, o perigo do contra-ataque. Já pela razão, os homens chegam a um acordo, constituindo a sociedade. Para Hobbes as sociedades não se constituíram pela benevolência recíproca, mas sim, pelo medo recíproco. Por essa ótica, a sociedade é o fruto da união do medo e da ânsia pelo poder.

Para o referido autor, o homem pode sair desse estado de perigo por meio da observância das leis da natureza, ou melhor, leis da razão. São elas: 1ª. Deve-se buscar a paz onde quer que seja possível encontrá-la, e onde não, deve-se buscar ajuda para a guerra. Dessa lei deriva-se a 2ª: Não é possível manter o direito de todos a tudo, mas alguns direitos devem ser transferidos ou renunciados, pois, do contrário, a guerra de todos contra todos continuaria, e dessa, uma 3ª: Os homens devem cumprir as promessas que pactuaram, visto que com a inobservância dessa lei, os pactos e promessas são inócuos, permanecendo o direito de todos os homens à todas as coisas, ou seja, permanece o estado de guerra. Ora, para que seja possível conservar a paz, faz-se necessário que a vontade de todos seja a vontade de um só, sendo necessária a entrega de todo poder e forças individuais a um só homem ou assembléia, que – mediante pluralidade de votos – possa reduzir a vontade de todos os súditos a uma só, prevalecendo o que o detentor do poder queira para assegurar-se a paz e harmonia social. Desse modo, uma multidão unida constitui o Estado, ou a Sociedade Civil, sendo a razão de ser desse ente proporcionar a segurança necessária para a coexistência pacífica dos homens. Em contrapartida ao dever de cumprimento das leis civis, o Estado tem o dever de proteção de seus súditos, e para que ele cumpra essa função protetiva, faz-se necessário – primordialmente – a elaboração de leis civis, com o intuito de dizimar as controvérsias entre o que seja justo e injusto, útil e inútil, bem e mal, próprio e alheio, entre outras.

As leis civis são mandatos de quem está investido no poder para o controle das ações futuras dos cidadãos, de modo a limitar a liberdade natural, e, fomentar a união e ajuda recíproca contra os inimigos. Só estão sujeitos a elas os cidadãos, e não os inimigos. Assim, somente os cidadãos podem transgredi-las. Para Hobbes, cidadão é o súdito do Estado; é aquele que, ao transferir direitos, sente-se vinculado pelo

dever de obediência, mesmo quando possa transgredir as leis civis por fatos ancorados à humanidade, como é o caso da legítima defesa. Prega-se que é preciso zelar pela segurança, mas não com pactos, e sim com castigos, haja vista que a segurança cognitiva somente se estabilizará quando todas as injúrias forem castigadas, de tal modo que seja pior transgredir a norma do que cumpri-la. Daí a máxima: toda lei civil impõe um castigo, sendo que a lei que possa ser violada impunemente é inútil. Afirma-se, também, que o delinqüente – que difere do inimigo – conserva o seu papel de cidadão, isto é, fica dentro do direito, embora tenha transgredido a lei civil e tenha sido castigado de acordo com essa. Trata-se de casos em que o delito é cometido por razões diversas, que podem ser tidas por normais, inclusive como doenças congênitas inerentes à própria natureza humana, visto que, na verdade, o delinqüente queria cumprir a norma. Trata-se do mau cidadão. Para o autor o castigo tem finalidades preventivas – prevenção geral positiva –, compreendendo a pena com o robustecimento da consciência e fidelidade ao direito, associada a função de ressocialização – prevenção especial. Só é lícita a prática de um castigo se este tiver a finalidade de corrigir aquele que pecou, ou, melhorar aqueles que se sentem arrependidos, devendo ser proporcional ao pecado. Caso contrário, se estará praticando uma hostilidade contra o cidadão.

Como o inimigo não está disposto a cumprir as leis civis e naturais, ele nunca esteve sujeito à lei, ou, se esteve, passou a não estar. Assim, as condutas dos inimigos são consideradas crimes de lesa-majestade, que são palavras ou atos pelos quais um cidadão ou súdito declara não ter mais vontade de obedecer ao homem ou assembléia que ostenta o poder supremo do Estado. Portanto, a agressão contra o inimigo não é um castigo, e sim uma hostilidade legítima. É necessário registrar que se incluem nos crimes de lesa-majestade os atos preparatórios, antecipando a punibilidade, e, assim, legitima-se o castigo desproporcional, baseado no direito de guerra.

## 3 O INIMIGO NA CONCEPÇÃO HODIERNA: DELINEAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS

Ante aos elevados índices de criminalidade, e – por conseqüência – a ineficiente atuação estatal para preveni-la, surge uma construção doutrinária que visa apaziguar a ira social, propiciando segurança cognitiva aos cidadãos: é o Direito Penal do inimigo. Tal concepção tem sido atribuída às formulações de Günther Jakobs e está atrelada a tendência expansiva do Direito Penal. Como um particular *corpus* legal punitivo, que se desapega aos princípios, garantias e escopos do Direito Penal liberal, o Direito Penal do inimigo tem como premissa maior a definição do que seja ou não direito, para, em seguida, estabelecer a dicotômica classificação entre Direito Penal comum (do cidadão), e Direito Penal do inimigo: duas órbitas distintas, sem qualquer comunicabilidade, já que um destina-se a pessoas e outro a não-pessoas.

Destarte, o Direito Penal do inimigo tem o fito de inocuizar aquele que se contrapõe às normas sociais – visto que aí reside a fonte do perigo –, enquanto o Direito Penal comum objetiva a punição das transgressões cometidas incidentalmente – ou por abusos casuais – pelos cidadãos: pessoas que geram a mínima segurança cognitiva para a sociedade, gozando, assim, de direitos e garantias. Nessa última hipótese, por ostentarem a condição de pessoa, a simples efetivação da aplicação da pena é capaz de reparar tal deslize, restaurando o equilíbrio da vigência normativa.

O *status* de inimigo é atribuído àquele com aversão duradoura em relação às normas de direito: é a fonte que irradia a insegurança cognitiva, por isso, não deve receber o tratamento de pessoa. Dessa forma, o escopo maior dessa construção doutrinária é assegurar a existência da sociedade e todas as suas relações interpessoais de forma hígida, sem as máculas causadas pelo desequilíbrio advindo dos elevados índices de criminalidade. Aquele que, de modo contínuo, não pauta sua conduta na legalidade, acaba por perder sua condição de pessoa, já que esse *status* é puramente normativo.

Do exposto, é notório que as bases fundantes desse sistema caracterizam-se como verdadeiro óbice para a observância do mínimo existencial de todo e qualquer ser humano: a sua dignidade. Ademais, suas premissas norteadoras são contrárias aos postulados do Direito Penal garantista, que é marco do Estado Democrático de Direito. *Exempli gratia* tem como principais características: antecipação da punibilidade e, por conseqüência lógica, punição dos atos preparatórios; desproporcionalidade das penas, que não se norteiam- pela dignidade humana, e sim pelo fito inocuizador; supressão ou minimização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tanto na esfera processual, quanto na esfera material; redução e até mesmo supressão de direitos penitenciários.

## 4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível destacar que o Direito Penal do inimigo é uma construção doutrinária que – além de não se pautar pela dignidade humana – viola e defenestra direitos e garantias fundamentais, caracterizando-se como um leviano meio de suprir a ineficiência estatal em – efetivamente – prevenir e reparar a transgressão das normas jurídico-penais.

Inadmite-se que, após lutas seculares, e milhares de vidas ceifadas, diversas conquistas sejam extirpadas dos ordenamentos jurídicos, e substituída pela manipulação irracional do direito. Por tal razão, com fundamento no valor irradiante da dignidade humana, conclui-se que esse sistema jurídico-penal, embora sedutor, jamais deve ser acolhido caso a regulamentação jurídica das relações sociais tenha a pretensão de consolidar-se como algo mais do que o puro exercício da força e do terror.

## 5 REFERÊNCIAS

GRACIA MARTÍN, L. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, L. R. S. **Curso de direito penal brasileiro.** 7.ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

PRADO, L. R. S. Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra. Disponível em: <http://www.regisprado.com/artigos/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.doc>. Acesso em: 22 maio 2009.