

O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual

Juarez Cirino dos Santos*

Conteúdo: 1. Introdução. 2. Os fundamentos filosóficos do discurso. 3. O cidadão e o inimigo como tipos de autor do Direito Penal. 4. O duplo sistema de imputação. 5. Política Criminal sem Criminologia. 6. Conclusão: separando o joio do trigo – ou cidadãos civilizados e inimigos bárbaros.

1. Introdução

O Prof. Dr. GÜNTHER JAKOBS é um penalista no sentido literal da palavra: acredita na pena criminal como método de luta contra a criminalidade. Após o fracasso universal da *prevenção especial positiva* como *correção* do condenado criminal, esse ilustre professor da Universidade de BONN desenvolveu o discurso da *prevenção geral positiva* para legitimar a pena criminal, agora concebida como *estabilização das expectativas normativas* – um fenômeno de psicologia social definido pela sociologia de LUHMANN, que inspira a teoria jurídico-penal de JAKOBS.¹

* Professor de Direito Penal da **Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba/PR, Brasil. Presidente do **Instituto de Criminologia e Política Criminal/ICPC**, Curitiba/PR. Doutor em Direito Penal pela **Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ. Pós-doutorado em Política Criminal e Filosofia do Direito Penal no **Institut für Rechts- und Sozialphilosophie** da Universidade do Saarland, Alemanha.

¹ Ver JAKOBS. *Strafrecht*. Duncker-Humblot, 1992, p. 5-14, ns. 1 a 16.

No começo do novo milênio, as energias intelectuais desse famoso penalista foram consumidas no trabalho de dividir o Direito Penal em dois sistemas diferentes, propostos para compreender duas categorias de seres humanos também considerados diferentes – os *cidadãos* e os *inimigos* –, cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do *fato* e da *culpabilidade* para um discriminatório Direito Penal do *autor* e da *periculosidade*. A melhor crítica dessa distribuição dos seres humanos por dois sistemas diferentes de Direito Penal consiste em *descrever* o projeto de JAKOBS, apresentado no célebre artigo “*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*” (*Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*), publicado em 2004² e continuado em textos posteriores³, usando as palavras do autor:

a) a pena para o **cidadão** seria uma *reação contra-fática* dotada do significado simbólico de *afirmação da validade da norma*, como contradição ao *fato passado* do crime, cuja natureza de *negação da validade da norma* a pena pretende **reprimir** – conforme declara:⁴

“O fato, como fato de uma pessoa racional significa algo, ou seja, uma rejeição da norma, uma agressão à sua validade, e a pena significa igualmente algo, ou

² JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004. In: HRRS – März 2004, Caderno 3, p. 88. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>.

³ JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*. In: HRRS – August/September 2006, Caderno 8-9, p. 288. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-08/index.php?s.=7>.

⁴ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, Caderno 3, p. 89 s: “Die Tat als Tat einer vernünftigen Person bedeutet etwas, nämlich eine Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung, und die Strafe bedeutet gleichfalls etwas, nämlich die Behauptung des Täters sei unmassgeblich und die Norm gelte unverändert fort, die Gestalt der Gesellschaft bleibe also erhalten. Tat wie Strafzwang sind insoweit Mittel symbolischer Interaktion [2], und der Täter wird als Person Ernst genommen ...”

seja, a imposição do autor seria incompetente e a norma continuaria valendo inalterada, portanto, a configuração da sociedade continuaria mantida. Tanto o fato como a coação penal são, neste ponto, meios de interação simbólica [2] e o autor é tomado seriamente como pessoa ...”.

b) a pena para o **inimigo** seria uma *medida de força* dotada do efeito físico de *custódia de segurança*, como obstáculo antecipado ao *fato futuro* do crime, cuja natureza de *negação da validade da norma* a pena pretende **prevenir** – segundo propõe: ⁵

“Em lugar de uma pessoa competente, que é contraditada com a pena, portanto, coloca-se o indivíduo perigoso [3], contra quem – aqui: com uma medida preventiva, não com uma pena – é procedido de modo fisicamente efetivo: combate ao perigo, em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (...), em vez de Direito Penal do cidadão...”.

Indicada a diferença entre pena como *contradição* contra fatos passados e pena como *segurança* contra fatos futuros na concepção de JAKOBS, o exame dos fundamentos filosóficos e políticos invocados pelo autor para justificar a proposta é esclarecedor.

2. Os fundamentos filosóficos do discurso

GÜNTHER JAKOBS retrocede 4 séculos da História humana para encontrar, nas especulações da filosofia jurídica dos séculos 17 e 18, os precedentes filosóficos para justificar a existência dessas duas categorias de

⁵ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, Caderno 3, p. 89 s.: “An die Stelle der an sich kompetenten Person, der mit der Strafe widersprochen wird, tritt also das gefährliche Individuum [3], gegen das – hier: Mit einer Massregel, nicht einer Strafe – physisch effektiv vorgegangen wird: Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht (...) statt Bürgerstrafrecht ...”.

seres humanos: as *peessoas racionais* (ou *cidadãos*), de um lado, e os *indivíduos perigosos* (ou *inimigos*), de outro.⁶

Na verdade, a divisão dos seres humanos em *peessoas racionais* (ou boas) e *indivíduos perigosos* (ou maus) do projeto punitivo de JAKOBS é concebida como base empírica de *sistemas de imputação diferenciados*, definidos pelo ***direito penal do cidadão*** e pelo ***direito penal do inimigo***, que têm agitado as discussões de política criminal dos últimos anos, na Europa e América Latina. Como se sabe, JAKOBS adota a definição formal de crime celebrizada por HEGEL – o crime como *negação de validade da norma* –, atualizada para redefinir a pena criminal em duas direções:

a) para o *cidadão* a pena criminal preservaria o significado **simbólico** de *(re)afirmação da validade da norma*, como sanção contra **fatos passados**;

b) para o *inimigo* a pena criminal teria um significado **físico** de *custódia de segurança preventiva*, como medida para evitar o perigo de **fatos futuros**.

A proposta de JAKOBS passa ao largo das teorias do *conflito* da moderna Sociologia, fundadas nas contradições econômicas e políticas do modo de produção da vida material das sociedades humanas, preferindo o *consenso* da velha teoria do *contrato social* para definir sociedade e Estado – o que pode explicar algumas ideias rudimentares sobre *crime* e *criminoso* que inspiram a proposta. Assumindo a *teoria do consenso* como método de trabalho, aproveita para lembrar que **todos os criminosos** seriam *inimigos* da sociedade, conforme ROUSSEAU – ou *feras*, segundo FICHTE –, contra os quais se aplicaria um *jus belli* pela violação do *consenso* (LEIBNIZ), o

⁶ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, Caderno 3, p. 88 s.

pressuposto natural do contrato social. JAKOBS, contudo, não classifica como inimigos todos os autores de crimes: declara preferir as ideias mais moderadas de KANT e de HOBBS, que distinguiriam entre *criminosos* e *inimigos*, permitindo classificar os **criminosos** em (a) autores de fatos **normais** (punidos como *cidadãos*) e (b) autores de fatos de **alta traição** (punidos como *inimigos*).⁷

Assumida a classificação de criminosos em *cidadãos* e *inimigos*, JAKOBS não vacila em atribuir natureza descritiva ao conceito de *inimigo* – que designaria uma realidade ontológica do ser social, identificável por *diagnósticos* de personalidade e objeto de *prognósticos* de criminalidade futura⁸ –, propondo a distinção entre *cidadãos* e *inimigos* no âmbito da imputação penal, deste modo:

a) o *cidadão* é autor de crimes *normais*, que preserva uma atitude de *fidelidade jurídica* intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as *expectativas normativas* da comunidade, conservando a qualidade de *pessoa* portadora de direitos, porque *não desafia* o sistema social;

b) o *inimigo* é autor de crimes de *alta traição*, que assume uma atitude de *insubordinação jurídica* intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um *estado de guerra* contra a sociedade, com a permanente frustração das *expectativas normativas* da comunidade, perdendo a qualidade de *pessoa* portadora de direitos, porque *desafia* o sistema social.

⁷ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, Caderno 3, p. 89 s; também, JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, 2006, Caderno 8-9, p. 288.

⁸ JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, 2006, Caderno 8-9, p. 288.

Essa dicotomia bíblica entre anjos e demônios, ou entre bons e maus, ou entre nós e eles, funda-se no obscuro conceito de *personalidade* – que a moderna Psicologia não sabe se está limitada ao *ego* responsável pela relação com a realidade, se abrange o *superego* como instância de controle do *ego* ou, enfim, se inclui os instintos do *id* como fonte da energia psíquica⁹ –, que permite a JAKOBS considerar o *cidadão* um ser calculável pelo *princípio do prazer*, cuja subsistente capacidade de *orientação normativa* indica uma imanente *fidelidade jurídica*, justificando as *expectativas normativas* da comunidade quanto a um *modus vivendi* comum (relação cidadão/sociedade); também permite a JAKOBS considerar o *inimigo* um animal não-calculável pelo *princípio do prazer*, cuja intrínseca incapacidade de *orientação normativa* exclui atitudes de *fidelidade jurídica* e, assim, desautoriza a *expectativa normativa* da comunidade: o *inimigo* seria uma *personalidade criminógena* definível como adversário *de princípio* da organização de poder social, incapaz de um *modus vivendi* comum (contradição inimigo/sociedade).¹⁰

Em atitude de saudável modéstia, mas também de necessidade de aliados, JAKOBS abdica do mérito de ressuscitar esse conceito antropológico medieval, para atribuir a iniciativa ao Legislador através da produção de uma crescente legislação de combate no âmbito da criminalidade *econômica*, do *terrorismo*, do *tráfico de drogas* e de outras formas da chamada

⁹ Ver FREUD, Sigmund. *Das Ich und das Es*, S. Fischer, Studienausgabe, 1994, volume III, p. 288 s.

¹⁰ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, Caderno 3, p. 89 s; também, JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, 2006, Caderno 8-9, p. 288.

criminalidade organizada.¹¹ Autores dessas formas de criminalidade – embora pais amorosos, motoristas cuidadosos e até contrários à violência etc. – seriam *inimigos* caracterizados por uma duradoura orientação da vida em vinculação com estruturas criminais permanentes, que excluiria qualquer presunção de *fidelidade jurídica*, diz o citado penalista.¹²

3. O cidadão e o inimigo como tipos de autor do Direito Penal

O suporte empírico da proposta de dividir a sociedade nas categorias antagônicas de *cidadãos* e de *inimigos*, que permitiria fundamentar a pena (a) como **contradição da lesão da norma** para o *cidadão* e (b) como **segurança contra fatos futuros** para o *inimigo*, é indicado por alguns comportamentos típicos cuidadosamente selecionados, definidos por JAKOBS como **fatos do cidadão** e como **fatos do inimigo**. A base real suposta por JAKOBS, que fundamentaria a atribuição de *qualidades pessoais* determinantes de tratamento penal deliberadamente *desigual* da teoria, é assim exemplificada pelo ilustre Professor:

a) **fato do cidadão**: matar o tio para antecipar a herança constituiria *lesão transitória da validade da norma* e indicaria autor **capaz de orientação normativa**, no sentido de *pessoa* calculável conforme o *princípio do prazer*, cuja intrínseca *fidelidade ao direito* justificaria as *expectativas normativas* da comunidade, com aplicação posterior de pena como **contradição** contra

¹¹ JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, 2006, p. 12-13.

¹² JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, 2006, p. 13.

um fato passado e, portanto, com função de *reafirmação da validade da norma*, segundo a teoria da prevenção geral positiva.¹³

“... o fato dirige-se não contra a existência do Estado e nem, em princípio, contra suas instituições: o mau sobrinho pretende, pois, por seu lado, gozar a proteção da vida e a proteção da propriedade do Estado... Por isso o moderno Estado vê no autor (...) não um inimigo, que é preciso aniquilar, mas um cidadão, uma pessoa, que avariou a validade da norma mediante seu comportamento e, por isso, será chamado, coativamente, para compensar a lesão da validade da norma, mas como cidadão (e não como inimigo)”

b) **fatos do inimigo**: criminalidade econômica, organizada ou sexual e, em especial, ações de terrorismo político constituiriam *lesões duradouras da validade da norma* e indicariam autor **incapaz de orientação normativa**, no sentido de *indivíduo* insuscetível de cálculo conforme o *princípio do prazer*, cuja intrínseca *infidelidade jurídica* excluiria as *expectativas normativas* da comunidade, com aplicação antecipada de pena como **segurança** para impedir fatos futuros, com função de *neutralização da periculosidade do autor*, segundo a teoria das medidas de segurança.¹⁴

“A reação do Direito a tal criminalidade (...) não se dirige, primariamente, para a compensação de um dano à validade da norma, mas para a eliminação de um perigo: a punibilidade é antecipada amplamente no âmbito da preparação, e a

¹³ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 91: “... die Tat richtet sich nicht gegen den Bestand des Staates und nicht einmal prinzipiell gegen denjenigen seiner Institutionen: Der böse Neffe gedenkt ja, seinerseites den Lebensschutz und den Eigentumsschutz des Staates zu geniessen... Deshalb sieht der moderne Staat im Täter (...) nicht einen Feind, den es zu vernichten gilt, sondern einen Bürger, eine Person, die durch ihr Verhalten die Normgeltung ramponiert hat und deshalb zwangsweise, aber als Bürger (und nicht als Feind) herangezogen wird, um den Normgeltungsschaden wieder auszugleichen.”

¹⁴ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 92: “Die Reaktion des Rechts auf solche Kriminalität (...) nicht primär um den Ausgleich eines Normgeltungsschadens geht, sondern um die Beseitigung einer Gefahr: Die Strafbarkeit wird weit in den Bereich der Vorbereitung vorverlagert, und die Strafe gilt der Sicherung vor zukünftigen Taten, nicht der Ahndung vollzogener.

pena serve para segurança de fatos futuros, não para castigo de [fatos] realizados.”

Esses exemplos e propostas são concluídos por um convite singular, cuja natureza denuncia as raízes ideológico-afetivas da teoria: a quem *isso pareça obscuro*, diz JAKOBS, toda dúvida seria dissipada pelos acontecimentos de *11 de setembro de 2001*, representados na memória universal pela cena de destruição das torres gêmeas do *World Trade Center* mediante impacto de aeronaves comerciais seqüestradas por terroristas do Al Qaeda. Esse apelo parece indicar o papel daqueles acontecimentos nos mecanismos que liberaram os impulsos psíquicos de JAKOBS para separar os **sujeitos não perigosos** do *direito penal do cidadão* (delinqüentes comuns) dos **indivíduos perigosos** em geral, integrantes de organizações criminosas e outros criminosos por tendência, em especial os terroristas, do *direito penal do inimigo*.¹⁵

“A quem tudo isto ainda pareça obscuro, a este seria proporcionado um esclarecimento relâmpago através de uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que, no caso do delinqüente cotidiano ainda é natural, tratá-lo não como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age de modo errado, já se torna difícil, como mostrado agora mesmo, no caso de autor por tendência, ou no caso de autor integrado em uma organização, (...) e culmina no caso do terrorista, como quem aqui é designado aquele que nega, em princípio, a legitimidade da ordem jurídica, e por isto se propõe a destruir esta ordem jurídica.”

¹⁵ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 92: “Wem das alles noch dunkel erscheint, dem sei durch einen Hinweis auf die Taten vom 11. September 2001 blitzartig zu einer Erhellung verholfen. Was beim Delinquenten alltäglicher Art noch selbstverständlich ist, scil. ihn nicht als gefährliches Individuum, sondern als falsch agierende Person zu behandeln, wird, wie soeben gezeigt, beim Hangtäter oder bei dem in eine Organisation eingepassten Täter schon schwierig (...) und endet beim Terroristen, als welcher hier derjenige bezeichnet wird, der die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet und deshalb darauf aus ist, diese Ordnung zu zerstören.”

O estranho critério que permite classificar autores de homicídio como *cidadãos* e autores de crime econômico ou sexual como *inimigos* não exclui a estrutura lógica do silogismo jurídico, assim pensada para o *direito penal do inimigo*: a *premissa maior* imaginada (quem pratica ações de crime econômico, organizado, sexual, terrorismo etc. é *inimigo* – portanto, processado *sem garantias* legais), subsume a *premissa menor* exemplificada (X praticou crime econômico, sexual etc.), com a *conclusão* lógica do silogismo (logo o *inimigo X* deve ser processado *sem garantias* legais).

Não obstante, como se pode ver, o problema desse silogismo está na natureza das *premissas* que o estruturam, premissas que podem corresponder às preferências pessoais de JAKOBS, mas que cancelam princípios jurídicos civilizados separando a população entre *cidadãos* e *inimigos*, tudo conforme sentimentos idiossincráticos ou opções ideológicas deste ou daquele **funcionário** do Sistema de Justiça Criminal, com a consequência de reinstaurar o proscrito Direito penal do **autor**.

4. O duplo sistema de imputação

Ao introduzir no Sistema de Justiça Criminal a categoria do *inimigo* como um diferenciado **tipo de autor** de fatos puníveis, a proposta do *direito penal do inimigo* introduz também um **duplo sistema de imputação** penal e processual penal, assim concebido por JAKOBS:

a) o **sistema penal** seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo **fato passado** de autores definidos como *cidadãos*, por um lado, e por

um Direito Penal preventivo da **medida de segurança** pelo **perigo de fato futuro** de autores definidos como *inimigos*, por outro lado;

b) o **sistema processual penal** seria cindido entre a imputação fundada no **princípio acusatório** para o *cidadão*, acusado **com** as garantias constitucionais do *processo legal devido* (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no **princípio inquisitório** para o *inimigo*, punido **sem** as garantias constitucionais do *processo legal devido* (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado.

O **duplo sistema de imputação** de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o *inimigo* não precisa ter **forma de Justiça** (*justizförmig*), porque não é regido pelo *processo legal devido*; ao contrário, o processo contra o *inimigo* deve ter **forma de guerra** (*kriegsförmig*): é preciso *destruir o terrorismo*, ou, pelo menos, *matar o terrorista*, ainda que implique a morte de terceiros inocentes, segundo JAKOBS.¹⁶

“Em um processo, que (...) certamente não pode ser designado como conforme à Justiça, mas [pode ser designado] muito bem como conforme à guerra, tenta o Estado (...) destruir as fontes dos terroristas e tornar-se senhor deles mesmos,

¹⁶ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, item IV, p. 93: *“In einem Verfahren, das (...) gewiss nicht als justizförmig, aber sehr wohl als kriegsförmig bezeichnet werden kann, versucht der Staat (...) die Quellen der Terroristen zu zerstören und ihrer selbst habhaft zu werden, besser noch, sie sogleich zu töten, dabei die Tötung auch unschuldiger Menschen, Kollateralschaden genannt, in den Kauf nehmend.”* (grifamos)

melhor ainda, matá-los imediatamente, assumindo o risco, no caso, também da morte de pessoas inocentes, conhecido como dano colateral.”

Na lógica de extermínio do *direito penal do inimigo* concebido por JAKOBS, o **cidadão/pessoa** cometeria apenas *deslizes*, porque não seria um delinqüente por *princípio* e, por isso, a aplicação da pena estatal teria o significado de mera *contradição* fática; em contrapartida, o **indivíduo/inimigo** praticaria *violência* para destruir o Estado, porque seria um criminoso por *princípio* e, por isso, a aplicação da pena estatal não teria o significado de simples *contradição* fática, mas de *guerra* oficial para garantir o direito de segurança dos cidadãos.¹⁷

A hipótese de JAKOBS sobre um **tipo de autor** definido como *inimigo* engendrou a introdução de uma *juridicidade penal* diferenciada, dependente de *condições* e de *limites* específicos, segundo a qual seres humanos considerados inimigos e seres humanos considerados cidadãos *não são iguais* perante a lei.

A tese da *desigualdade formal* perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na *desigualdade real* da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a *igualdade formal* de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita. Entre outros problemas da proposta, teríamos o seguinte: quando o Estado Democrático de Direito precisa ser instituído ou desenvolvido na América Latina e no Terceiro Mundo – ou consolidado nos países centrais do sistema político-econômico globalizado –, a proposta do *direito penal do inimigo*

¹⁷ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 95.

promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo.

Para legitimar a tese do *inimigo* no Direito Penal, JAKOBS recorre a comparações bizarras: a reciprocidade no cumprimento de deveres definiria o cidadão, como *pessoa de direitos*; ao contrário, um tirano como Hitler – tomado como modelo da personalidade do *inimigo*, aquele autor de criminalidade econômica, sexual, organizada etc. –, não seria *pessoa de direitos*, mas um *inimigo* cuja eliminação por assassinato teria sido legítima, diz JAKOBS.¹⁸ Descontada a extravagância da hipótese, existe pouca semelhança entre Hitler e autores de crimes de sonegação fiscal, ou de crimes sexuais, por exemplo. Mas a referência ao ditador não deixa de ser sintomática: o nazismo dividiu a sociedade alemã e européia entre *cidadãos* (arianos) e *inimigos* (judeus e comunistas) com mais eficiência do que qualquer Estado autoritário, antes ou depois. Talvez a Psicanálise pudesse descobrir nostalgias políticas reprimidas na proposta desse *direito penal do inimigo*.

5. Política Criminal sem Criminologia

A divisão da clientela do sistema penal na dicotomia *cidadão/inimigo* funda-se no conceito de *personalidade*, como indicado: na linguagem de JAKOBS, sujeitos com comportamentos *contra-fáticos* eventuais, mas capazes de *satisfação das expectativas normativas*, teriam **personalidade de cidadãos**;

¹⁸ JAKOBS, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, 2006, p. 2-3.

sujeitos incapazes de *satisfação das expectativas normativas* teriam **personalidade de inimigos**, perdendo o atributo humano de *pessoa* (ou *sujeito de direitos*) e justificando o tratamento processual como *inimigo*, um animal objeto de extermínio pela guerra¹⁹. Em outras palavras, JAKOBS apresenta a criminalidade econômica, sexual, organizada ou terrorista como argumentos para negar o **direito penal do fato** e, no lugar dele, reinstaurar um **direito penal do autor**, mediante a noção de *personalidade criminosa* que identificaria o caráter do *inimigo* em Direito Penal, passando por cima da controvérsia científica sobre o *conceito de personalidade* em Psicologia.²⁰

Mas não é só. O salto epistemológico de 4 séculos tentado por JAKOBS é também ingênuo, ao transferir conceitos da metafísica medieval para a sociedade tecnológica do Século 21. Pior ainda, suprime aquisições das modernas ciências sociais e criminológicas, já no âmbito das teorias *etiológicas* da criminalidade, muito mais na área das teorias *políticas* da criminalização. As teorias etiológicas da **criminalidade**, produzidas pela pesquisa positivista das determinações causais da conduta, podem ser limitadas como ciência e conservadoras como política, mas não desumanizam o autor de fatos criminosos. As teorias políticas da **criminalização** redefinem crime como fenômeno social criado pela lei penal e criminoso como sujeito estigmatizado pelo Sistema de Justiça Criminal (Polícia, Justiça e Prisão), mostrando a criminalização seletiva do oprimido pelos processos de definição legal de crimes e de produção judicial de

¹⁹ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 93.

²⁰ Assim, também EYSENCK. *Crime and Personality*, Paladin, 1977, p. 19.

criminosos, nas sociedades fundadas na contradição capital/trabalho assalariado²¹ – conceitos incompatíveis com a teoria de JAKOBS.

Em teoria do controle social, propostas científicas ingênuas produzem efeitos políticos perversos: a violência autoritária das elites de poder econômico e político das sociedades contemporâneas costuma existir sob a forma de primários programas repressivos de controle da criminalidade. Na atualidade, essa ingênua ciência do controle social oscila entre o discurso da *tolerância zero*, que significa intolerância absoluta, e o discurso do *direito penal do inimigo*, que significa extermínio de seres humanos, ambos propostos como controle antecipado de *hipotéticos* crimes futuros: a teoria simplista da relação *desordem urbana/criminalidade de rua* do discurso de *tolerância zero* explica a criminalização da pobreza (desocupados, pedintes, sem-teto), de infrações de bagatela (grafiteiros, usuários de droga, pequenos furtos), de bêbados etc.²²; a teoria simplista dos *defeitos de personalidade* do discurso do *direito penal do inimigo* propõe a neutralização/extermínio de futuros autores de crimes econômicos, sexuais, de tráfico de drogas e de outras formas da chamada criminalidade organizada.

A ingenuidade desse *direito penal do inimigo* não está em apostar na violência do Estado sobre o indivíduo – afinal, um dado universal –, mas em ignorar as aquisições científicas sobre crime e controle social nas sociedades atuais.

²¹ Ver ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*, BECK, 2005, p. 25-39.

²² WILSON James Q., KELLING Georg L. (1982), *Brocken Windows: the Police and neighborhood safety*, in “The Atlantic Monthly”, 3, p. 29-38.

Primeiro, a teoria dos *defeitos de personalidade* implica um conceito metafísico-abstrato de ser humano – o *criminoso nato* determinado por causas biológicas, psicológicas, genéticas, instintuais etc., objeto das explicações etiológicas da criminologia positivista –, incapaz de compreender a natureza humana “*als Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse*”,²³ ou seja, *como o conjunto das relações sociais*, suscetível de explicações histórico-estruturais do comportamento, como já indicava MARX na descrição do processo de acumulação primitiva do capital: camponeses expulsos das terras feudais e expropriados dos meios de produção, sobrevivem em bandos de mendigos, desocupados e ladrões, provocando uma legislação sanguinária contra a vagabundagem, a mendicância e os crimes patrimoniais, desde então e sempre explicados por defeitos individuais de *personalidades desajustadas* – e não por determinações sócio-estruturais do modo de produção da vida social.²⁴ A teoria de JAKOBS não percebe que a exclusão das massas marginalizadas do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania explica os defeitos individuais relacionados à violência pessoal, sexual e patrimonial das sociedades modernas.

Segundo, o conceito de *pena* da teoria de JAKOBS passa por cima da distinção entre (a) objetivos *aparentes* do sistema penal, expressos no discurso oficial da teoria jurídica da pena, de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral, e (b) objetivos *reais* do sistema penal, de

²³ MARX/ENGELS, *Das deutsche Ideologie*. In MEW, Institut für Marxismus-Leninismus, Berlim, 1956-1968, vol. 3, p. 46.

²⁴ MARX, *Das Kapital*. Berlim: Dietz, 2007, 38ª edição, 1º volume, p. 761 s.: “*Die gesetzbung behandelte sie als “freiwillige” Verbrecher und unterstellte, dass es von ihrem guten Willen abhängt, in den nicht mehr existierenden alten Verhältnissen fortzuarbeiten.*”

garantia das desigualdades sociais da relação capital/trabalho assalariado, integrados no discurso crítico da Criminologia desde PASUKANIS²⁵. Essa carência teórica é responsável pela esquizofrenia do discurso oficial da teoria jurídica da pena em face da realidade concreta do sistema penal.²⁶

Terceiro, a lógica formal de JAKOBS toma as relações *jurídicas* e as formas *políticas* de controle do Estado como sistemas independentes da base material das relações econômicas de produção e distribuição de bens da formação social, o que impede a percepção de que “*todo sistema de produção tende a descobrir o sistema de punição que corresponde às suas relações produtivas*” – conceito que permitiu a RUSCHE/KIRCHHEIMER mostrar a relação *mercado de trabalho/pena [privativa de liberdade]* das sociedades capitalistas.²⁷ Nenhuma noção do compromisso político do sistema jurídico com as relações econômicas do modo de produção da vida social – ou seja, dos compromissos políticos do Direito com a instituição e reprodução das desigualdades sociais da relação capital/trabalho assalariado – parece compor o universo filosófico de JAKOBS.

Quarto, a política criminal de JAKOBS ignora o conceito de *disciplina* desenvolvido por FOUCAULT, pelo qual o sistema penal, definido como aparelho *disciplinar* exaustivo, implementa uma *tática política de dominação/exploração* que produz o sujeito *útil* das relações de produção

²⁵ PASUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*. Lisboa: Perspectiva Jurídica, 1972, p. 183 s.

²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba/RIO: ICPC/Lumen Juris, 2008, 3ª edição, 477 s.

²⁷ RUSCHE/KIRCHHEIMER. *Punishment and Social Structure*. New Brunswick e Londres, 2003, p. 5: “*Every system of production tends to discover punishments which correspond to its productive relationships.*”

(poder) e o sujeito *dócil* das relações de dominação (poder sobre o poder), permitindo configurar o sistema penal como *gestão diferencial das ilegalidades* a serviço das classes hegemônicas²⁸ – uma percepção que destrói as receitas tecnicistas da proposta de JAKOBS.

Quinto, as ideias complementares de *estabilização das expectativas normativas* do Direito Penal do **cidadão** e de *eliminação antecipada* do Direito Penal do **inimigo** integram o tradicional discurso ideológico encobridor da função real de garantia das *desigualdades sociais* realizada pelo Direito Penal nas sociedades modernas – conforme demonstra BARATTA²⁹ –, mas com uma diferença essencial: a *forma igual* do Direito Penal do cidadão *garante* as desigualdades sociais, a *forma desigual* do Direito Penal do inimigo *amplia* as desigualdades sociais garantidas.

Sexto, a moderna ciência social e criminológica permitiria compreender que o *terrorismo* – núcleo original fundante do *direito penal do inimigo* – é um problema político dependente de soluções políticas, em negociações, transações e concessões por tratados e/ou arbitramentos internacionais – e não um problema jurídico combatido pelo método violento de um poder punitivo acima dos princípios da culpabilidade e da dignidade do ser humano.³⁰ Afinal, assim como o terrorismo é a guerra de grupos de indivíduos contra o poder do Estado – por exemplo, Al Qaeda contra EUA –, a guerra é o terrorismo do Estado contra comunidades indefesas – por exemplo, EUA contra o povo do Iraque.

²⁸ FUCAULT, *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 26 s.

²⁹ BARATTA. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio: Freitas Bastos, 1999, p. 206-7.

³⁰ Comparar ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*, BECK, 2005, p. 355-360.

6. Conclusão: separando o joio do trigo – ou cidadãos civilizados e inimigos bárbaros

A hermética teoria de JAKOBS – norma como *cimentação cognitiva* de validade concreta, pena como *estabilização das expectativas normativas* etc. – institucionaliza as representações do *bem* e do *mal* das relações econômicas e políticas globalizadas, que exprimem os conflitos entre os civilizados estados ocidentais e a chamada barbárie internacional. Assim, sempre segundo JAKOBS: a) os estados ocidentais ostentariam uma *situação de validade jurídica realizada*, em que as atitudes *contra-fáticas* do cidadão configuram *negação de validade da norma*, legitimando a pena como *afirmação da validade da norma* violada; b) ao contrário, a barbárie internacional (os países periféricos do Oriente Médio, Leste Europeu e América Latina) se encontraria no *estado de natureza*, onde a legalidade civil **ainda** deve ser produzida –, na qual lesões de direitos humanos não podem ser enfrentadas por métodos policiais ou judiciais, mas por ações de **guerra contra os autores**, que devem ser tratados como *inimigos sem garantias* jurídicas ou políticas – por exemplo, Milosevic.³¹

Nenhum conflito entre o *direito penal do inimigo* e os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito parece impressionar JAKOBS: ao contrário, o ilustre jurista sustenta a superioridade da institucionalização legal do *direito penal do inimigo* – propondo a divisão dos seres humanos em *cidadãos* e *inimigos*, a nível nacional e internacional

³¹ JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 94.

–, que seria preferível à atual confusão do *inimigo* e do *cidadão*, própria do Direito Penal *igual* para todos.³²

Em conclusão, **se** o princípio de *igualdade perante a lei* é substituído pelo princípio da *desigualdade legal*, ou **se** as *garantias constitucionais* do processo legal devido são casuísmos dependentes do **tipo de autor** – aplicadas ao *cidadão* e negadas ao *inimigo*, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social –, **então** o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial.

³² JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, p. 94 .