

## **O CERCEAMENTO DAS LIBERDADES PÚBLICAS: ANÁLISE DOS SEUS FUNDAMENTOS NO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

## **EL RECORTE DE LAS LIBERTADES CIVILES: EL ANÁLISIS DE SUS FUNDAMENTOS EN LA DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

**Igor Britto Lica  
Amanda Câmara Franco  
André de Paiva Toledo**

### **Resumo**

O presente trabalho aborda algumas das principais implicações da política criminal sobre as liberdades públicas. Assim podemos resumir nossa hipótese na seguinte frase: a política criminal necessitou ao longo dos anos de alguma concepção do que é o Homem. Tal investigação se revelará de fundamental importância para a crítica do Direito Penal do Inimigo, amplamente adotado, formulado por Günther Jakobs, pois ao desvelarmos os fundamentos antropológicos almejamos estabelecer as consequências inevitáveis sobre as liberdades públicas. Para tanto, iremos nos valer da leitura de Giorgio Agamben e da sua construção teórica a respeito do Estado de Exceção.

**Palavras-chave:** Inimigo, Antropologia, Política, Criminologia

### **Abstract/Resumen/Résumé**

En este trabajo se aborda algunas de las principales consecuencias de la política criminal en las liberdades públicas. Así podemos resumir nuestra hipótesis en la siguiente frase: política criminal necesaria largo de los años en una concepción de lo que es el hombre. Dicha investigación será crucial a la crítica de la Derecho Penal del Enemigo, ampliamente adoptada, formulado por Günther Jakobs porque los desvelarmos los fundamentos antropológicos tienen por objeto establecer las consecuencias inevitables en las liberdades públicas. Por lo tanto, vamos a valernos de la lectura de Giorgio Agamben y su construcción teórica sobre el Estado de Excepción

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Enemigo, Antropología, Política, Criminología

## 1. Considerações iniciais

Ao longo da história humana e dos modos em que se organizaram as sociedades sempre esteve presente alguma maneira de limitar a atuação daqueles que de algum modo transgrediam a ordem social – o *inimigo*, posteriormente *bandido*<sup>1</sup> e *criminoso*. Pode-se dizer que a política criminal surge, modernamente pelo *contrato social*, para conter os excessos praticados por tais indivíduos e o direito penal vem para sancionar alguma medida de segurança, justificada, quase sempre, na ideia de emergência.

Esse trabalho tem por hipótese a seguinte tese: a política criminal sempre necessitou de uma construção de alguma antropoteoria (VAZ, 1991, p. 25), isto é, de um discurso sobre o que seria o homem, para legitimar o poder vertical<sup>2</sup> exercido pelo Estado. De Aristóteles a São Tomás de Aquino, de Maquiavel, Rousseau e Fichte a Hobbes e Kant (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p 49-50), e desses a Foucault, sempre existiram quebras de paradigmas nos modelos políticos - e, conseqüentemente, nas políticas criminais, haja visto ser o meio pelo qual os Estados exercem seu poder -, se não de modo determinante, mas parcialmente influenciados, houve alguma ideia do que seria o Homem presente em tais teorias sejam elas das políticas criminais ou do Estado.

Essa ideia sempre esteve relacionada a três categorias que compõem a ideia do homem: *corpo, alma e espírito*<sup>3</sup>. Historicamente essas categorias foram se perdendo devido às necessidades e evoluções socio-culturais. Dessa maneira, passou-se da ideia de Homem enquanto *corpo, alma e espírito*, da idade clássica e medieval, para a ideia de Homem enquanto *corpo e espírito* na idade moderna e, por fim, à ideia de homem enquanto *corpo*, na nossa sociedade contemporânea<sup>4</sup>. Ignorar essa constatação é fazer uma aproximação indevida dos problemas suscitados pelas atuais abordagens das políticas criminais. Por conseguinte, o modo de penalizar, a fim de manter a identidade normativa social, tal como veremos em Jakobs, sempre esteve atrelado a essas concepções, basta para tanto pensarmos em como o pecado servia para penalizar os hereges e em como isso estava relacionado a uma categoria específica do homem,

---

<sup>1</sup> Oswaldo Giacóia Jr. faz uma brilhante análise etimológica do termo *bandido* em: Violência e Racionalidade Jurídica. A Potência dos Meios. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 243-292, 2014. p. 260

<sup>2</sup> Zaffaroni explica assim o poder vertical: “O modelo reparador é de solução horizontal e o punitivo de decisão vertical. Este aparece quando as sociedades vão ganhando a forma de exércitos com classes, castas, hierarquias etc.” In: *A questão criminal*. Rio de Janeiro, Ed. Revan. 2013.

<sup>3</sup> Para uma breve análise dessa questão cf. HERRERO, Francisco Javier. Aspectos fundamentais da Antropologia Filosófica do Padre Vaz. Veredas do Direito, v.1, n.2, 2004, p. 53-61.

<sup>4</sup> Para tanto basta conferir a vasta bibliografia nas mais diversas áreas do conhecimento: da sociologia e antropologia à filosofia, das ciências do estado ao direito.

a alma, tal como compreendida pelos medievais ou pelos antigos, enquanto consciência moral, que implicava em responsabilidade social pelos atos praticados.

Tendo advertido sobre o pressuposto antropológico que acompanha a evolução do direito penal, bem como da política, passaremos, em seguida, à análise da teoria desenvolvida por Gunther Jakobs para contrapor-la à teoria político-jurídica do Filósofo Italiano Giorgio Agamben.

Desse modo, nossa argumentação desenvolve-se de modo claro: a partir do conceito de pessoa tal como desenvolvido por Günther Jakos, passaremos à análise da noção de Estado de Exceção tal como desenvolvido por Giorgio Agamben, para, em seguida, concluir com a necessidade de uma teoria do poder destituente, tal como proposto pelo filósofo italiano na sua recente obra *L'usage des corps*, ainda sem tradução para o português.

## **2. O conceito de pessoa no Direito Penal do Inimigo**

Nosso objetivo aqui é humilde e a nossa aproximação ao tema se dará apenas de modo a satisfazer uma problematização inicial e muito específica: o conceito de pessoa inserida no contexto da obra do jurista alemão Günther Jakobs. Assim, trata-se de *work in progress* e se insere numa perspectiva de pesquisa mais ampla, a saber, a resposta à pergunta “O que é o homem?” relaciona-se ao modo como entendemos tanto a política quando o sistema punitivo – em outras palavras, a resposta à primeira pergunta passaria pela resposta de uma segunda questão, mais central e importante, “O que é o poder punitivo?”. Justifica-se, outrossim, a necessidade de se investigar tal noção como fundante da concepção penalista e, portanto, do referido jurista alemão.

De partida, e de modo claro, já deixaremos clara a relação existente entre o conceito de pessoa e o poder punitivo sob o signo da pena criminal. Essa última compreende a confirmação de uma certa identidade normativa da sociedade, enquanto *ultima ratio*, visto que cabe ao Direito Penal garantir a identidade normativa, a estrutura e a sociedade, tal como exposto por Jakobs:

A pena não repara bens, senão confirma a identidade normativa da sociedade. Por ela o Direito Penal não pode reagir frente a um fato enquanto lesão de um bem jurídico, mas apenas frente a um fato enquanto desrespeito à norma. Um desrespeito à norma, por sua vez, não é um acontecimento natural entre os seres humanos, mas um processo de comunicação, de expressão de sentido entre pessoas.” (JAKOBS, 1996, p. 11, tradução nossa)

O fundamento, não tão explícito aqui, é a ideia de compreensão comunicativa do delito, ao qual cabe uma pena, que guarda estreita relação com os fundamentos contratualistas da sociedade

moderna. Dito de um modo mais sistematizado: se a pena existe para reforçar a identidade normativa da sociedade e se entendemos que o desrespeito a alguma norma advém do processo de comunicação, então a punição recai sobre a pessoa, que é a portadora da capacidade de expressão.

O fato do crime ser entendido apenas como falha comunicacional e que o dever do Direito Penal é restabelecer a ordem dessa identidade normativa da sociedade é o que, assim nos parece, permite falarmos de um inimigo social que deve ser penalizado, conforme nos esclarece:

O Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma. Isto significa, ao mesmo tempo, que com ele se representa a identidade não modificada da sociedade. Neste processo, no plano empírico pode-se apreender o delito, o processo e sua relação, porém, de início, não se pode apreender empiricamente o fenômeno da confirmação da identidade, pois esta não é uma consequência do processo, mas seu significado. (JAKOBS, 1996, p.18, tradução nossa)

Nesse sentido, podemos abrir caminho para a compreensão de como existe uma captura da vida pelo sistema jurídico, onde o direito penal exerce o papel fundamental enquanto instrumento do estado de segurança advogado pelas democracias modernas (AGAMBEN, 2002, p. 59). Assim, deve-se compreender o sujeito de outro modo que não da compreensão moderna do Homem, tal como para Descartes ou mesmo Hobbes, mas como um ser que depende da sociedade e a ela se liga de modo íntimo. Para Jakobs, o sujeito não contribui na compreensão da sociedade, tendo apenas um sentido enquanto relacionado a ela (JAKOBS, 1996, p.12).

Ora, se assim o é, perde-se o núcleo da subjetividade e assume-se a ideia de pessoa enquanto uma representação funcional da sociedade, disposta a cumprir determinada competência socialmente compreensível, sendo passível de punição quando não cumprir o que se espera. Desse modo, veremos adiante como a compreensão da pessoa no Direito penal do inimigo contribui para que exista uma captura da mesma tanto pelo sistema jurídico, quando pelo sistema político sob a figura do Estado de Exceção.

### **3. O uso dos corpos segundo Agamben**

Na abordagem do pensamento político ocidental podemos notar uma constante em torno de dois fatos concretos específicos: por um lado temos a distribuição da riqueza, bens, e a relação dessa com os direitos e as liberdades e, pelo outro lado, a distribuição do poder político. Qual é a justificação para a posse da riqueza? Que direitos e liberdades devem ser atribuídos às pessoas?

– dessas questões partiram análises de Marx e Locke, respectivamente. Mais especificamente: o que será analisado aqui está diretamente relacionado com o segundo fato, - a saber, o poder político - do que propriamente com o primeiro. Depreende-se desse fato o seguinte: se o poder político é atribuído a decisão, para falar na linguagem de Agamben, ou seja, atribui-se a ele o poder de dar ordens sob o peso de uma sanção, caso exista a inobservância de um devido dever, como justificar e problematizar quem deve deter esse poder?

Para ficarmos apenas no debate contemporâneo podemos situar o italiano Giorgio Agamben como expoente daqueles que tentam problematizar a melhor distribuição do poder político, “pois, se é dever do filósofo político determinar o equilíbrio correto entre a autonomia e a autoridade ou, por outras palavras, determinar a distribuição adequada de poder político” (WOLFF, 2006, p.10) é a tal problemática que Agamben de certa maneira tentará lançar luz no debate político hodierno: “Como é possível ‘politizar’ a ‘doçura natural’ da *zoé*? E, antes de tudo, tem ela verdadeira necessidade de ser politizada ou o político já está contido nela como seu núcleo mais precioso?” (AGAMBEN, 2002, p.18). Para tanto, o filósofo italiano construirá a sua análise sob o prisma da relação entre violência e justiça e em como essa é unificada pelo poder político soberano.

Dessa maneira, partiremos do que é proposto por Agamben, a saber, trazer à luz da discussão filosófico-político-jurídica a relação oculta, esfumada, indistinta, e de pouca preocupação na atual doutrina jurídica, do ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder (*idem*, p.12). Indo além: a preocupação do filósofo aqui é o questionamento dos fundamentos sob os quais estão assentados tanto direito quanto política, com a finalidade de:

“Somente em um horizonte biopolítico, de fato, será possível decidir se as categorias sobre cuja oposição fundou-se a política moderna (direita/esquerda; privado/público; absolutismo/democracia etc.), e que se foram progressivamente esfumando a ponto de entrarem hoje numa verdadeira e própria zona de indiscernibilidade, deverão ser definitivamente abandonadas ou poderão eventualmente reencontrar o significado que naquele próprio horizonte haviam perdido” (*idem*, p.12)

Isto posto, justifica-se a presente abordagem na medida em que se estabelece a possibilidade - hipotética, é forçoso dizer, pois o nosso objetivo aqui é, bem como o daqueles que se dedicam à filosofia política, estabelecer não o que é, como numa análise descritiva feita ou pela sociologia ou pela economia, mas o que deve ser, isto é, no horizonte normativo, do ponto de vista teórico, conceituar e problematizar os valores que possam orientar a prática política e

jurídica – de se admitir uma aproximação, como muitos sugerem<sup>5</sup>, entre os conceitos de soberania, vida nua, poder, justiça e violência e o ordenamento jurídico característico das democracias modernas, bem como com a sua relação com o Direito Constitucional:

“Com a estruturação deste modelo excepcional de governo, não há como se falar em democracia, isto é, em um poder advindo do povo... o estado de exceção mina completamente as bases do Estado Democrático de Direito proclamado pela Constituição de 1988.” (HONESKO; BARBOSA, 2006, p. 267)

Segue-se disso que, aos aspectos do poder que fundam as democracias modernas, isto é, o poder constituinte, Agamben indica um caminho para que possa ser superado os limites e dificuldades de se impor um limite ao poder punitivo estatal, enquanto decisão soberana e enquanto instrumento do estado para, tal como mencionado acima para Jakobs, preservar a identidade social. No epílogo do livro que fecha seus mais de 20 anos de pesquisa sobre o Estado de Exceção enquanto instrumento a serviço do Estado para punir ele propõe, no sentido próprio de sugerir, uma “Teoria do Poder Destituente”.

### **Considerações finais**

Adotamos como premissa desse trabalho uma concepção política clássica: toda Teoria do Estado, bem como toda política criminal se apoiou, sempre que possível, numa ideia de Homem, e atrelada à ela numa noção de pessoa. Nesse ponto podemos dizer que ao se adotar determinadas concepções seria de uma inocência pueril não supor que as mesmas não teriam consequências na facticidade jurídica. Tal fato se mostrou verdadeiro na medida em que se estipula regimes diferenciados para o tratamento de civis, tal como exposto por Jakobs em sua teoria. E isso nos leva à segunda premissa.

Em sua teoria, Jakobs adota uma noção de pessoa herdada sobretudo dos filósofos modernos e com ela legitima o uso da violência por parte do Estado, tendo por consequência o cerceamento das liberdades públicas. Tal noção o fara distinguir entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão, pois para cada um haveria uma finalidade específica dentro da sociedade. Enquanto ao primeiro restaria a eliminação do perigo, ao segundo caberia a garantia de liberdades e direitos fundamentais.

---

<sup>5</sup> Para mencionar alguns nomes que veem essa relação basta citar os prefaciadores Eros Grau e Gilberto Bercovici dos livros de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, *Teologia Política* e *Estado de Exceção*, respectivamente.

Assim, partindo da crítica de autores como Zaffaroni e Agamben fazem dessa teoria concluímos que o equívoco de Jakobs possui uma finalidade muito bem determinada: trazer para o âmbito jurídico, legitimando, portanto, tal prática, o uso da violência por parte do Estado.

## Referências:

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Birugo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002

\_\_\_\_\_. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci de Poletti. São Paulo: ed. Boitempo, 2004

\_\_\_\_\_. *Homo Sacer: L'usage des corps*. Paris: Seuil. 2015

GIACÓIA JUNIOR, O. Violência e Racionalidade Jurídica. A Potência dos Meios. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 243-292, 2014. p. 260

HERRERO, Francisco Javier. Aspectos fundamentais da Antropologia Filosófica do Padre Vaz. Veredas do Direito, v.1, n.2, 2004, p. 53-61.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro; HONESKO, Raquel Schlommer; BARBOSA, Tatiane Alves. O estado de exceção como causa da corrupção no sistema político-constitucional brasileiro. *In: Revista dos Institutos dos Advogados de São Paulo*, ano 9, n. 17, janeiro-julho 2006. São Paulo: Editora Afiliada, 2006;

JAKOBS, G. *Sociedad, norma e persona em uma teoría de un Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó Sanchez. Madrid: Editoria Civitas, 1996.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 6ª Ed. 2015

VAZ. H. C. L. *Antropologia Filosófica I*. São Paulo: Loyola, 1991.

ZAFFARONI, E. R. *A questão criminal*. Rio de Janeiro, Ed. Revan. 2013.

WOLFF, Jonathan. *An introduction to Political Philosophical*. Oxford: Oxford University Press, 2006,