

ESTADO DUPLO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

DUAL STATE AND CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

Fábio da Silva Bozza

Doutor em Direito do Estado (UFPR).

Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR).

Palestrante convidado do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC).

Advogado Criminalista.

Rosberg de Souza Crozara

Doutorando em Direito (Universidade Federal do Pará),

Mestre em Direito Público (Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro).

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

1. INTRODUÇÃO: AS CONFERÊNCIAS DE JAKOBS

Em maio de 1.985, no “Congresso de Penalistas Alemães”, ocorrido em Frankfurt am Main, pela primeira vez o Professor Günther Jakobs utilizou a expressão *Feindstrafrecht* (Direito penal do inimigo). Nessa oportunidade, de forma crítica, demonstrava o perigo que podia representar esse direito penal que, cada vez mais, sancionava condutas que se realizavam em um estágio prévio à lesão ou perigo para o bem jurídico. Isso representava uma ameaça para as liberdades individuais. Afirmava que o direito penal representava as “ataduras” que colocavam limite ao exercício ilimitado do poder punitivo. E que “las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado”.¹

Naquela ocasião Jakobs não suspeitava o debate político que o tema “direito penal do inimigo” desencadearia nos anos seguintes. Principalmente pelo fato de que, em trabalhos posteriores, em vez de se demonstrar crítico a tal fenômeno, aprovaria e legitimar sua existência.

Em outubro de 1.999, no Congresso de Berlin, de forma diversa do que afirmava em seu trabalho de 1.985, Jakobs reconhecia a necessidade de um “direito penal do inimigo”, como uma outra classe de direito penal que, mesmo desagradável, seria inevitável. A essa classe de direito penal deveria recorrer a sociedade para assegurar a manutenção da segurança cognitiva frente àqueles que, de forma permanente, se mantêm afastados do sistema social e o atacam. Não apenas a antecipação da tutela penal para condutas anteriores à lesão ou exposição do bem jurídico a perigo seria a sua característica: penas desproporcionais e violação de princípios penais, assim como o desrespeito às garantias processuais seriam as características do “direito penal do inimigo”.²

A transição de uma descrição crítica do “direito penal do inimigo” - como algo incompatível com o Estado de liberdades, e que somente seria admissível

¹ JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. In Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, 1997. p. 322

² JAKOBS, Günther. *La autocomposición de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*. In La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

excepcionalmente - à legitimação desse modelo de direito penal verifica-se em outros trabalhos de Jakobs, após sua exposição em Berlim.

Nesse mesmo Congresso de Berlim, surgiram as primeiras críticas à tese de Jakobs. Albin Eser, na sua conferência de encerramento, e Schulz e Schünemann, em seus comentários ao Congresso, chamaram a atenção para o perigo que a admissão da tese de Jakobs representava para o Estado de Direito e para um pensamento liberal, humano e democrático do Direito penal.³ Em seguida, com profundo refinamento teórico, e com firme postura política na defesa de um Estado Democrático, vieram as críticas de Francisco Muñoz Conde.⁴

E é nesse contexto de debate acadêmico sobre os fundamentos jurídicos e políticos do Direito penal do inimigo que Jakobs, em 2003, publica seu mais conhecido trabalho sobre o tema, com o título "*Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo*".⁵ Nesse momento, deixa de simplesmente descrever um estado de coisas, e passa a aprovar o Direito penal do inimigo como algo necessário e inevitável.

2. O CONTEÚDO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jakobs é um penalista que acredita na pena criminal como instrumento de prevenção da criminalidade. Depois do reconhecido fracasso da prevenção especial positiva como meio de ressocialização do condenado, o professor da Universidade de Bonn, para legitimar a pena criminal, desenvolveu o discurso da *prevenção geral positiva*. Agora a pena funciona como estabilização das expectativas normativas.⁶

Em síntese, a ideia é a seguinte: o crime seria a negação da validade da norma, como padrão de orientação de expectativas de comportamentos, e a pena seria uma reação contrafática munida do simbólico significado de afirmação da validade da norma violada pela prática do crime. Afirma o autor:

Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma. Esta desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que põe em dúvida a norma como modelo de orientação. (...) A pena significa algo, é dizer, que a significação do comportamento infrator não é determinante e que o determinante continua sendo a norma. Demonstra-se assim que o autor não se organizou corretamente (...). Esta réplica ante a infração da norma, executada ao custo de seu infrator, é a pena.⁷

Dessa forma, tanto o fato como a coação penal são entendidos como meios de interação simbólica, e o autor é levado a sério como pessoa, pois se fosse incompetente, não seria necessário contradizer seu fato por meio da pena.⁸

³ Os textos de onde se retiram referidas críticas encontram-se na coletânea organizada por MUÑOZ CONDE, Francisco (org.). *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del inimigo"*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

⁵ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

⁶ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13

⁷ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13

⁸ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel

O conceito de "Direito penal do inimigo" se vincula diretamente à finalidade que o próprio Jakobs atribui à pena. Nesse sentido, a distinção entre um "Direito penal do cidadão" e um "Direito penal do inimigo" se relaciona à diferença entre o *reestabelecimento da vigência da norma como função da pena* para o "Direito penal do cidadão", e a *eliminação de perigos futuros*, como função da medida de custódia no "Direito penal do inimigo".

Somado ao que acima se afirmou, Jakobs realiza a distinção entre "pessoa", entidade titular de direitos e deveres capaz de emitir atos com significado na sociedade, e "inimigo", indivíduo que representa uma simples fonte de perigo contra o qual a sociedade deve se defender. Somente a "pessoa" deveria ser tratada pelo "Direito penal do cidadão". Apenas contra a "pessoa" é possível aplicar uma pena com o fim de reestabelecer a vigência da norma. O tratamento de alguém como "pessoa" implica que esta não pode ser mediatizada para o fim de servir de exemplo aos potenciais criminosos, tampouco uma "pessoa" pode ser tratada como uma fonte de perigo contra a qual se deve defender, razão pela qual se nega o possível efeito preventivo-especial da pena.

Por outro lado, em relação ao "inimigo" altera-se radicalmente a finalidade da pena: trata-se de "tirar de circulação" o delinquente que representa perigo futuro. Para Jakobs, "quem não presta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não apenas não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, como o Estado não 'deve' tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas."⁹

Outro ponto a ser considerado no pensamento sobre o "Direito penal do inimigo" é a relação entre juridicidade e efetividade. Sobre esse ponto entende o autor que a pena aplicada juridicamente implica limitações fáticas (de eficiência) que uma sociedade consciente dos seus riscos não admite. Daí a necessidade de um constante balanceamento entre juridicidade e efetividade. Para Jakobs, "la incompatibilidad entre juridicidad y efectividad óptimas constituye el problema central del derecho penal (no sólo) moderno...".¹⁰ Assim, desde essa forma de pensar, diante de determinados fenômenos que requerem a efetividade da reação penal, seria legítimo que a reação penal se afastasse da juridicidade da pena. Essa eficácia seria necessária para evitar a destruição do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor: "Los enemigos son individuos "a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico".¹¹

Ao assumir a distinção entre criminosos cidadãos e criminosos inimigos, Jakobs atribui natureza descritiva (e não normativa) ao conceito de inimigo, que "designaria uma realidade ontológica do ser social identificável por *diagnósticos* de personalidade e objeto de *prognósticos* de criminalidade futura".¹²

Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 23

⁹ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 47

¹⁰ JAKOBS, Günther. *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*. Tradução de Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 27 e ss.

¹¹ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 47

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 5

Ao comentar criticamente o mais recente texto de Jakobs sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos indica as definições fornecidas pelo Professor de Bonn:

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. (...) 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.¹³

Em síntese, a dicotomia "Direito penal do cidadão" e "Direito penal do inimigo" está sustentada na oposição *pessoa-vigência da norma-juridicidade da pena* e *inimigo-combate a perigos futuros-efetividade da pena*. A função do Direito penal deve variar conforme se refira a uma "pessoa" (cidadão) ou a um inimigo.

3. MODELOS DE COMPREENSÃO DO PODER NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS

Em seu trabalho sobre o Direito penal do inimigo, Juarez Cirino dos Santos aponta algumas críticas fundamentais, que, ao final, indicam a necessidade de se pensar o modelo de Estado em que vivemos. São elas:

1. O Direito penal do inimigo, que se fundamenta na ideia de imutabilidade de posturas, atitudes e ações ofensivas ao direito; de certo modo, repete o equívoco, flagelado por Marx em suas observações sobre a chamada acumulação primitiva, de não reconhecer o comportamento coletivo como fenômeno social e produto de relações comunitárias (por exemplo, de não compreender a origem de numerosos vagabundos, que se alimentam por meio de furto, como resultado dos cercamentos de áreas outrora livres como pasto), mas de atribuí-lo a uma tendência maligna dos indivíduos para o comportamento criminoso;
2. A teoria de Jakobs não observa que, ao lado das funções preventivas oficiais declaradas da pena, verificam-se ainda as suas funções latentes (reais), às quais, entre outras, está a manutenção das desigualdades sociais;
3. A teoria do Direito penal do inimigo se desenvolve em um universo teórico artificialmente fechado, no qual não se reflete sobre as relações do direito penal e da teoria da pena com a política e com as relações econômicas. Referida teoria ignora a descoberta de Rusche e Kirchheimer de que cada modo de produção tende a descobrir o sistema penal que corresponde, da melhor forma, às suas relações e necessidades econômicas;
4. O discurso do Direito penal do inimigo, que disponibiliza uma construção complementar para a estabilização de expectativas normativas por meio da pena, consistente na eliminação antecipada de perigos por meio da neutralização de inimigos, não abandona a tradicional função do discurso

¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 5

jurídico, que seria a de garantia das desigualdades sociais. No entanto, apresenta uma diferença fundamental: “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.”

5. Como o terrorismo é o caso paradigmático para legitimar e fundamentar o Direito penal do inimigo, verifica-se que tal teoria ignora conhecimentos da criminologia moderna no sentido de que se deve enfrentar o problema do terrorismo com métodos diferentes do da criminalização. A criminalização do terrorismo deixa de colocar de esse problema como questão política, e com isso se impede soluções mais adequadas como negociações e mediações internacionais (Albrecht). Assim, é possível afirmar que o Direito penal do inimigo transforma, de forma manipuladora, um aspecto dos conflitos político-econômicos globais em um problema de manutenção da ordem diante de bárbaros do terceiro mundo, e com isso se permite a aniquilação de populações com métodos violentos, violadores da dignidade humana.¹⁴

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: “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.”¹⁵

No Direito penal do inimigo substitui-se a igualdade perante a lei pela desigualdade diante da lei. Num esquema maniqueísta (em que o cidadão respeitador das normas representa o bem, e o inimigo o mal), as reais diferenças decorrentes das relações de poder são obscurecidas e o rótulo de mal é atribuído aos dominados, que não devem ser tratados com as garantias do Direito penal do cidadão, pois as ameaças possuem origem neles. Um processo penal com respeito aos direitos e garantias fundamentais torna-se um bem escasso. Dependendo da rotulação atribuída ao sujeito (cidadão ou inimigo), os direitos e garantias serão ou não concedidos. Ainda que a diferenciação abstrata esteja na lei, serão as preferências idiossincráticas dos agentes de controle social (especialmente da polícia) que decidem sobre a concessão ou não dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, verifica-se o deslocamento do Estado de Direito ao Estado de Polícia.¹⁶

Com a última afirmação de seu artigo (a de que, com o Direito penal do inimigo “o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial”) , Juarez Cirino dos Santos levanta a questão que deve ser trabalhada em qualquer discussão sobre o Direito penal do inimigo.

Nas críticas à proposta do Direito penal do inimigo, comum é demonstrar o perigo que tal proposta representa ao modelo de Estado de Direito. Em recente trabalho, Sebastian Scheerer indica que há uma questão ainda mais importante a ser respondida, que é a seguinte: em que forma de Estado vivemos hoje? A partir dessa questão, outras se tornam também importantes: a) O Direito penal do inimigo deve ser entendido como uma nota marginal em nosso Estado, que deixa todo o resto

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 16 e ss

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 18

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 16 e ss

intocado? b) Ou o Estado de Direito está ameaçado em sua existência? c) Ou apenas resta uma aparência de Estado de direito e nós já vivemos há tempo em um modelo de Estado inteiramente diferente?¹⁷

Para cada uma destas hipóteses há argumentos e provas.

Entendendo que o Direito penal do inimigo é uma nota marginal em nosso Estado, e que todo o resto fica intocado, esta é a aparência do cotidiano do sistema de justiça criminal. De acordo com essa forma de pensar, vivemos em uma normalidade modificada pontualmente, tendo em vista que o combate ao terrorismo e a outras ameaças globais (como o chamado crime organizado) aponta na direção de alguns elementos do estado de polícia. Mas ainda assim, em regra, funciona a normalidade do Estado de direito que continua, em princípio, valendo e funcionando.

Por mais que esta forma de pensar corresponda aos interesses das classes dominantes, por esse único motivo não a torna sem credibilidade, ainda mais pelo fato de que quase todos os cidadãos podem se convencer, diariamente, que não apenas o seu cotidiano, mas também o da polícia e da justiça criminal, continua funcionando normalmente. Imagina-se que quase tudo continua funcionando como sempre, e conforme as prescrições legais. Além disso, acredita-se que, em situações excepcionais, também se pode chegar a regulamentações e práticas excepcionais, e que isso não apresenta o significado de que, por isso, já se poderia falar em decadência do Estado de direito.¹⁸

Pensando que, com o Direito penal do inimigo, o Estado de direito está ameaçado em sua existência está a experiência de que o aniquilamento de "inimigos" não prova, necessariamente, uma modificação no sentimento de vida ou na rotina da população, e que a suspensão do Estado de direito é mais eficaz quanto menor for a percepção dessa suspensão no cotidiano. Dessa forma, a maioria dos teóricos entende o Direito penal do inimigo como ameaça aos princípios do Estado de direito.

Heribert Prantl vê no direito penal do inimigo a exclusão de pessoas do direito e, com isso, uma regressão aos tempos antes do iluminismo, da democracia e do estado de direito: Afirma:

O direito penal do inimigo é a retirada de todas as garantias jurídicas que foram dadas ao homem desde o ato-habeas-corpus de 1679, desde a famosa lei inglesa para a proteção da liberdade pessoal. Quando o estado não trata mais de acordo com o direito as pessoas que se desviaram do direito, ele não é mais um estado de direito. Então ele morre da sua suposta defesa (...). Um direito penal do inimigo não é portanto o salvador da sociedade livre, mas sua decadência. Não é um amigo da sociedade de cidadãos, mas seu inimigo.¹⁹

¹⁷ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 536

¹⁸ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 536

¹⁹ PRANTL, Heribert. *Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht*. München: Droemer, 2008. p. 166, *apud*, SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 537

O que interessa destacar nessa hipótese é que o Direito penal do inimigo não é descrito como fato acabado e a decadência do Estado de direito como fato político já ocorrido, mas apresenta tal fenômeno apenas como risco ao Estado de direito.

Para a terceira hipótese (a de que apenas resta uma aparência de Estado de direito e nós já vivemos há tempo em um modelo de Estado inteiramente diferente), que é defendida por Juarez Cirino dos Santos, ao se reconhecer a existência do Direito penal do inimigo, não mais se pode falar que vivemos em um Estado de direito. Seria muito mais adequado trabalhar com o conceito de Estado de polícia, que demonstra a transformação das relações de poder e identifica a relação entre a redução dos direitos dos cidadãos e o aumento da arbitrariedade estatal.²⁰

No entanto, no entendimento de Sebastian Scheerer, com o qual concordamos, “do ponto de vista da ciência política e social, o conceito do estado de polícia é comparativamente amorfo e necessitaria de uma contextualização teórica”. Assim, para pensar o Direito penal do inimigo poderiam ser utilizadas duas categorias conceituais: a de “Estado de exceção”, de Agamben, junto com o *topos* da “polícia soberana”, e a categoria, menos conhecida, “Estado duplo”, de Fraenkel.²¹

3.1. O “ESTADO DE EXCEÇÃO” DE AGAMBEN

Enquanto para os penalistas críticos do Direito penal do inimigo o perigo para o Estado de direito é algo futuro, e a sua decadência representa apenas uma ameaça, para Agamben a desgraça está feita: o Estado de direito é passado, e vivemos hoje em um “Estado de exceção”. No Estado de exceção, a vida é arrancada de suas ancoragens jurídicas: através da biopolítica, a pessoa se torna vida nua. A superfície protetora da vida, no passado jurídica, torna-se o regime arbitrário do campo. O que caracteriza a nossa época não é mais o Estado de direito, mas Guantánamo. O resto é aparência.²²

O mundo se transforma numa “zona da indistinguibilidade entre poder e direito”, na qual o governo pelo Poder Executivo não encontra limites. Em um trabalho em que se refere à atividade da polícia (*Sovereign Police*), Agamben afirma que, da mesma forma como o poder se torna direito e o direito se torna poder, o soberano se torna polícia e a polícia se torna soberano. Qualquer pessoa pode ser rotulada como “inimigo”, e cada inimigo pode ser excluído semanticamente da humanidade civilizada – e “de acordo com isto, torna-se admissível eliminá-lo em uma ‘operação policial’, na qual não existe nenhum dever para o respeito de qualquer norma jurídica”²³

Apesar de sua impressionante erudição, como se sabe, o diagnóstico de Agamben foi bastante criticado. Ainda assim sua tese sobre o Estado de exceção muito me agrada, por uma única razão: porque Agamben não reconhece unicamente perigo para o Estado de direito. Por meio de fragmentados exemplos da realidade atual ele tenta

²⁰ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 537

²¹ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 537

²² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14 e ss

²³ AGAMBEN, Giorgio. *Surveing police*. In *Means without end notes on politics*. University of Minnesota, 2000. p. 105

descrever os contornos daquilo que hoje já é prática política, que está para além do Estado de direito, e escapa de qualquer qualificação jurídica comum. Algumas situações se amoldam à categoria Estado de exceção: as operações de unidades policiais especiais (militares ou paramilitares) contra supostos traficantes de droga na Tailândia, a autolibertação das limitações jurídicas no combate ao terrorismo pelos Estados Unidos da América, e, na verdade, não apenas em Guantánamo, já tratado pelo próprio Agambem, mas também no caso Osama bin Laden, que inicialmente foi tratado como matéria jurídica até que se decidiu eliminar os suspeitos em uma *operação policial* sem processo judicial, assim como a guerra contra o tráfico de entorpecentes por meio das Unidades de Polícia Pacificadora, no Rio de Janeiro e das Unidades Paraná Seguro, em Curitiba. Todas essas situações, dentre várias outras, são exemplos de manifestação do Estado de exceção.

No entanto, a experiência de que, em geral, continuam existindo relações jurídicas normais demonstra a impropriedade da tese de Agambem de que Guantánamo (manifestação do Estado de exceção) representaria o estado fundamental da política e do direito. O fim do Estado de direito proclamado por Agambem combina com os exemplos por ele mencionados, e acima indicados, e corresponde especialmente com a experiência daqueles que estão sob o jugo da “polícia soberana” e ao seu arbítrio. Mas sua forma de pensar o poder não lida com o fato que, por outro lado, tudo continua funcionando como sempre, também conforme precisos programas jurídicos. Neste sentido, o diagnóstico catastrófico de Agambem parece exagerado, superdramatizado e não muito apropriado para a resposta à pergunta: em que sociedade nós, na verdade, vivemos.²⁴

3.2. O “ESTADO DUPLO” DE FRAENKEL

Levando em consideração a dificuldade geral de categorização das relações de poder atualmente existentes, entendemos que o conceito que discutiu de forma mais apropriada a paradoxal coexistência da *normalidade* e do *Estado de exceção* não recebeu tanta atenção dos teóricos como a categoria desenvolvida por Agambem. Refiro-me ao conceito de “Estado duplo”, pensado por Ernst Fraenkel.²⁵ Mencionado autor encontra uma categoria conceitual que, segundo Scheerer, “parece espantosamente atual e cuja utilidade intuitiva para a análise do presente faz ao mesmo tempo soar um agudo sinal de alerta interno.”²⁶ O “Estado duplo” surgiu da necessidade de Ernst Fraenkel de “compreender teoricamente” as experiências que lhe “tinham sido impostas cotidianamente” no nacional-socialismo “para lidar internamente com elas”.²⁷ Talvez seja o fato de se tratar de uma categoria para pensar

²⁴ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 539

²⁵ FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006 (1941).

²⁶ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 540

²⁷ FRAENKEL, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, hrsg. von Alexander von Brünneck, Baden-Baden: Nomos, S. 33-266, *apud*, SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o*

o poder durante o nacional-socialismo, e não o de hoje, que determine a não utilização desse referencial teórico para refletir sobre o Direito penal do inimigo nos estados contemporâneos.²⁸

No entanto, óbvio é o potencial teórico que ainda hoje é inerente ao conceito do "Estado duplo", assim como as graduações sutis que ele permite para a análise das diversas manifestações de governo juridicamente organizado.

O "Estado duplo" vivenciado por Fraenkel caracterizava-se pela coexistência, difícil de compreender, de "vida normal" e "vida no estado de exceção" no interior da mesma estrutura estatal. Por um lado, havia o funcionamento ordinário do judiciário, com suas lides referentes ao direito privado (compra, aluguel e herança), bem como processos penais comuns, com todas as garantias; por outro, havia situações em que o próprio executivo, ignorando o judiciário, regulamentava as coisas por meio de "medidas". No "estado de normas" a consequência jurídica aplicada para autores de crimes era a prisão ou a casa de correção. Já no "estado de medidas" (*the prerogative state*) as pessoas eram capturadas pela polícia secreta do estado [Geheime Staatspolizei – "Gestapo"] e, em alguns casos, eram torturadas e/ou enviadas por tempo indeterminado em um campo de concentração, sem que se pudesse pensar em proteção jurídica para elas. Os interesses políticos é que determinavam o destino que esperava cada pessoa; não existia uma nítida delimitação jurídica e, provavelmente, também não deveria existir; as pessoas eram mantidas com medo e insegurança, e deveriam saber muito bem que, em princípio, tudo poderia acontecer. Essa era a essência do funcionamento do Estado duplo.²⁹

A incerta relação entre o *estado de normas* e o *estado de medidas* foi e é o ponto decisivo. Por mais que no "estado de normas" o estado se submetesse às regras por ele mesmo impostas, ainda assim ele não se encontrava em condição de igualdade com o "estado de medidas", como sistema arbitrário não limitado por nenhuma regra jurídica. Era o executivo que determinava *quem e em qual situação* estava submetido ao *estado de normas* e quem poderia ser engolido pelo *estado de medidas*. Somente quando o *estado de medidas* não fazia uso de sua competência – somente em circunstâncias indiferentes ao executivo, é que o "estado de normas" ainda podia funcionar.

Dessa forma, seria equivocado equiparar o "estado de normas" ao "estado de direito", ou até mesmo pensá-lo como uma forma reduzida do "estado de direito". Isso porque se verifica uma superioridade do *estado de medidas* em relação ao *estado de normas*. Este era subsidiário em relação àquele. Nas palavras de Staff, "O ordenamento jurídico inteiro do estado duplo está sujeito à disposição das instâncias políticas, que se

sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe, 2012. p. 538

²⁸ Além do trabalho inédito de Scheerer, para a análise do Direito penal do inimigo, o trabalho de Fraenkel somente é citado por Luís Greco: "lembrando a idéia do estado duplo, cunhada criticamente por *Ernst Fraenkel* para caracterizar o sistema nacional-socialista: neste funcionaria, de um lado, uma ordem segundo os princípios do estado de direito, que se ocuparia dos problemas que interessam às classes dominantes, enquanto dos inimigos cuidaria uma ordem estatal diversa e sem qualquer restrição." GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito penal do inimigo.* Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, n. 7, 2005. p. 235

²⁹ FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship.* Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006 (1941). p. 37 e ss

submetem a nenhuma limitação jurídica, mas apenas a uma autolimitação orientada pelo fim”.³⁰

Assim, não se pode pensar no *estado de medidas* como um conjunto caótico de medidas, mas sim como algo que possui diversas regulamentações, mas, por óbvio, são regras que se caracterizam pela ausência de formalidades, e que variam de acordo com os interesses políticos do executivo. Quebra-se a distinção entre direito e política. Afirma Scheerer: “embora as regulamentações não representem mais nenhum direito, tanto as normas quanto as decisões situacionais no estado de medidas permanecem, em um sentido mais amplo, no quadro do jurídico (desnucleado) (aqui Fraenkel encontra Carl Schmitt; Agamben, ao contrário, insiste sob indicação do *iustitium* do direito romano em um “vazio jurídico absoluto” no estado de exceção).”³¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, é possível afirmar que a categoria mais apropriada para explicar o exercício do poder nos estados contemporâneos é a de “Estado duplo”. Mas se trata, hoje, de algo um pouco mais refinado.

As experiências sofridas por Fraenkel ocorreram num período em que, oficialmente, foi suspensa a ordem jurídica contida na Constituição de Weimer. Hoje, ao que me parece, a realidade é um pouco pior. Enquanto no “Estado duplo” do período nacional-socialista a violação a direitos fundamentais e, em especial, à dignidade humana, era realizada pelo executivo, hoje, a violação de direitos fundamentais se faz por meio da lei, oriunda do próprio legislativo, que, num Estado de Direito, tem a função de conter o governo do executivo.

Leis penais como as que, em seu discurso oficial, possuem por objetivo a tutela da “sociedade de bem” contra pessoas extremamente perigosas, que representam ameaça ao Estado de Direito, - por exemplo, Lei Antidrogas (com seus tipos penais “fechados” pelo poder executivo, em afronta a regra expressa contida no art. 22, I, da Constituição Federal), Lei de Execução Penal (com tratamentos diferenciados para a progressão de regime conforme se trate de autor de crime hediondo ou não, com previsão de Regime Disciplinar Diferenciado para *suspeitos* de participação em *organização criminosa*), “Lei do abate” (que prevê a possibilidade de derrubada de aeronaves hostis e suspeitas de estarem envolvidas com tráfico de entorpecentes e drogas afins), etc. - são, sem dúvida, manifestações de Direito penal do inimigo.

É de se notar que, por esses instrumentos, não se manifesta o *estado de medidas* por meio do executivo, mas, pior, pelo próprio legislativo. Essa é a ameaça pela qual passamos hoje. Não se trata de ameaça ao Estado de Direito, que, se é que existiu na história brasileira, há muito se foi. Trata-se de um Estado duplo, em que se destaca a manifestação de um “*estado de medidas legisladas*” (pelo legislativo).

Mais que isso, esse modelo de política criminal garante o terreno em que o próprio Estado define o seu campo de atuação fora do direito. E não é só: como o mal-estar

³⁰ STAFF, *apud*, SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 541

³¹ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 541.

produzido pelo Estado-duplo não supera o desespero sentido por uma “comunidade de vítimas” (Silva Sanchez), a *segurança* prometida pela política criminal é apoiada pela maioria da população. Verifica-se, com isso, o que Albrecht chama de “populismo penal”.

Mas nada é tão ruim que não piorar: ignorando a real existência de um “Estado duplo”, e afirmando vivermos um modelo de Estado Constitucional, como modelo que supera o Estado de Direito (legal), surge uma dogmática jurídica (que se autodenomina pós-positivista) que reconhece a possibilidade de, no caso de confronto entre direitos fundamentais (que, sabe-se lá o porquê, e esse não é o espaço propício para tal investigação, não raras vezes são confundidos com princípios jurídicos), proceder-se a aplicação do *princípio da proporcionalidade (sic)* – vez que proporcionalidade não é princípio, mas sim método – para resolução de tal conflito.

Ocorre que toda essa confusão entre direitos fundamentais e princípios, o tratamento da ideia de proporcionalidade como princípio, e não como método de interpretação, oferece uma roupagem jurídica a atos de poder extrajurídicos, típicos do *estado de medidas*, dentro do Estado duplo.

Dessa forma, o trabalho do intelectual do presente deve ser crítico, no sentido marxista, de jogar as luzes da razão sobre aquilo que é obscurecido por discursos ideológicos. A luta é longa, e talvez não alcance o resultado planejado. Mas o que importa é que o prazer esteja na luta (talvez mesmo em apanhar na resistência), e não no resultado.

Por fim, mais do que pensar sobre em qual modelo de estado vivemos hoje, devemos refletir sobre a forma de sociedade em que gostaríamos de viver no futuro. A esperança que orienta nosso trabalho deve ser a de que, para além do Estado de direito, possa existir algo melhor e mais humano do que o “Estado duplo”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Surveing police. In Means without end notes on politics**. University of Minnesota, 2000.

CIRINO DOS SANTOS, Juares. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012.

FRAENKEL, Ernst. **The dual state: a contribution to the theory of dictatorship**. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006 (1941).

GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, n. 7, 2005.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio prévio a la lesión de un bien jurídico. In **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, **Derecho Penal. Parte General**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In **La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el "Derecho penal del inimigo"**. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) **Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe, 2012.