

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

FERNANDO VIDAL BRITO

**ANÁLISE DA UTILIDADE DAS
PENAS EM ROUSSEAU E AS
ORIGENS FILOSÓFICAS DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

VITÓRIA

2020

**ANÁLISE DA UTILIDADE DAS
PENAS EM ROUSSEAU E AS
ORIGENS FILOSÓFICAS DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Texto apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Daniel Arruda Nascimento

VITÓRIA

2020

Fernando Vidal Brito

ANÁLISE DA UTILIDADE DAS PENAS EM ROUSSEAU E AS ORIGENS FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Naturais, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Filosofia.

Aprovada em 06 de abril de 2020.

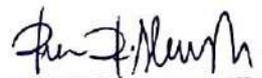
Comissão Examinadora:



Prof. Dr. Daniel Arruda Nascimento
Orientador e Presidente da Comissão (UFES)



Prof. Dr. Jorge Luiz Viesenteiner
Examinador Interno (UFES)



Prof. Dr. Rodrigo Ribeiro Alves Neto
Examinador Externo (UNIRIO)

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

V648a Vidal Brito, Fernando, 1993-
ANÁLISE DA UTILIDADE DAS PENAS EM ROUSSEAU
E AS ORIGENS FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO
INIMIGO / Fernando Vidal Brito. - 2020.
104 f.

Orientador: Daniel Arruda Nascimento.
Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal
do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais.

1. PUNITIVISMO. 2. Direito Penal do Inimigo. 3. Rousseau
e o Contrato Social. 4. Estado Securitário. 5. Schmitt e a
vontade geral de Rousseau. 6. Jakobs e a jusfilosofia do Direito
Penal do Inimigo. I. Arruda Nascimento, Daniel. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Humanas e Naturais. III. Título.

CDU: 101

ANÁLISE DA UTILIDADE DAS PENAS EM ROUSSEAU E AS ORIGENS FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

RESUMO

O punitivismo moderno e o estado constante de vigilância na sociedade moderna encontram raízes na teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. Dessa forma, a presente dissertação trabalhará as origens teóricas do Direito Penal do Inimigo, em especial Rousseau, pois este autor é indicado pelo próprio Jakobs como influência principal para a persecução penal do inimigo. Por último, a leitura de Schmitt sobre a obra de Rousseau, em especial a vontade geral, é fundamental para explicar que o pensamento de Rousseau não é precursor do pensamento de Jakobs, mas sim arauto das teorias garantistas e da defesa do Estado de Direito, opondo-se ao poder punitivo exacerbado do Estado assim como à influência da tradição censora no estado securitário que caracteriza o Estado Moderno. Por esse motivo, a vontade geral de Rousseau se torna essencial para a diferenciação entre ele e os pensadores punitivistas, em especial Jakobs e Schmitt, tendo em vista que a leitura da vontade geral feita pelos últimos é diferente da proposta por Rousseau. Este pensava a vontade geral como um elemento voluntarista que permitia a pluralidade na unidade política, sendo ferramenta de preservação das liberdades individuais, objetivo último da teoria de Rousseau. De igual forma, a presente dissertação também adentrará a questão prática dos desdobramentos da tradição punitivista e como estas contribuíram para a formação do estado atual de coisas, em especial do Estado Securitário, gerando um Estado perseguidor e discriminatório, no qual a segurança se tornou o valor político supremo que se supraordena aos direitos individuais dos cidadãos.

Palavras-chave: PUNITIVISMO. LEI. INIMIGO. ROUSSEAU. JAKOBS. SCHMITT.

ANALYSIS OF PENALTY UTILITY IN ROUSSEAU AND THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Modern punitivism and the constant state of vigilance in modern society find theoretical roots in Günther Jakobs' theory of the Criminal Law of the Enemy. Thus, the present dissertation will work on the theoretical origins of the Enemy's Criminal Law, especially Rousseau, as this author is indicated by Jakobs himself as the main influence for the criminal prosecution of the enemy. Finally, Schmitt's reading of Rousseau's work, especially the general will, will be fundamental to explain that Rousseau's thought is not a precursor to Jakobs' thought, but a precursor to guarantor theories and the defense of the rule of law, opposing time to the punitive power of the State as well as the influence of the punitive tradition in the security state that characterizes the Modern State, which is why Rousseau's general will will be fundamental for the differentiation between Rousseau and the punitive thinkers, especially Jakobs and Schmitt, considering that their reading of the general will is different from that proposed by Rousseau, who thought of the general will as a voluntarist element that allowed plurality in political unity, being a tool for the preservation of individual freedoms, the ultimate goal of Rousseau's theory . Likewise, this dissertation will also delve into the practical question of the unfolding of the punitivist tradition and how these contributed to the formation of the current state of affairs, especially the State of Insurance, generating a persecuting and discriminatory State in which security has become the value supreme political system that is supraordinate to the individual rights of citizens.

Keywords: PUNITIVISM. LAW. ENEMY. ROUSSEAU. JAKOBS. SCHMITT.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. ORIGENS FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: TOTALITARISMO NO PENSAMENTO DE ROUSSEAU.....	14
1.1 Rousseau, Jakobs e o objetivo do contrato social.....	14
1.2 Vontade geral, totalitarismo e liberdade	19
1.3 Rousseau, Emílio e liberdade	31
2. JAKOBS, ROUSSEAU, LEI E O INIMIGO NO CONTRATO SOCIAL.....	36
2.1 A lei e o inimigo para Rousseau	36
2.2 Rousseau positivismo e pena de morte	40
2.3 Schmitt e sua leitura da vontade geral de Rousseau	55
3. AS INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO POLÍTICO DO SÉCULO XX AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	62
3.1 Jakobs e o inimigo	62
3.2 Origens do inimigo e o elemento discricionário.....	73
3.3 Aplicação do Direito Penal do Inimigo e Estado Securitário.....	82
CONCLUSÕES.....	92
REFERÊNCIAS.....	99

INTRODUÇÃO

A história da sociedade política humana pode ser resumida como uma eterna guerra entre valores; entre a liberdade e a segurança, entre direito e punição. Não há como debater a questão do punitivismo sem as tentativas de contenção do poder absoluto e, portanto, não há como evitar Jean-Jacques Rousseau. O autor genebrino gera ainda hoje interpretações conflitantes, influencia correntes contrárias e causa debate extremo entre aqueles que se propõem a estudar o autor. As ideias do autor que influenciou os movimentos revolucionários na França no século XVIII e a vontade geral fundamental em seus escritos percorrem todo o debate teórico sobre o punitivismo e a história do punitivismo.

Schmitt, Jakobs, Zaffaroni, Meliá são alguns dos autores que dialogam com Rousseau em algum momento, visando demonstrar a função das leis e das penas. Rousseau é ímpar devido ao fato de ser influenciador de correntes garantistas e correntes punitivistas, sendo fundamental na construção das teorias que buscam penas mais humanas e nas teorias que enxergam a segurança como prioridade do Estado. Por isso, a introdução da presente dissertação evidenciará o contexto em que Rousseau escreveu, com o intuito de esclarecer os conceitos – não apenas os de Rousseau, mas também os dos outros autores que dialogam com ele e que se fazem presentes na dissertação – trabalhados, tendo em vista que Rousseau é o vetor que guia a presente dissertação e que leva aos diálogos com Schmitt e Jakobs.

Deixando clara essa questão, torna-se imprescindível apresentar o contexto em que Rousseau constrói o seu pensamento político. Rousseau escreve no período final do chamado “antigo regime” —período em que os poderes do Estado se encontravam em sua plena forma. A situação de tributação sobre a população, a inoperância das classes nobres e a opressão das classes mais baixas criavam um clima de ebulição social e Rousseau escreve visando justamente demonstrar o caráter antinatural da sociedade francesa – em especial a parisiense – ,colocando-se assim fundamentalmente contra o “antigo regime” – em aspas devido ao fato de o próprio Rousseau não considerar o “antigo regime” antigo de fato, mas sim um estado de coisas artificial criado em especial após os escritos de Thomas Hobbes — e a favor de uma reforma da sociedade.

Por isso, o bom selvagem de Rousseau é apresentado como a antítese do *homo homini lupus* de Hobbes, que Rousseau vê como a base de justificação do poder absoluto que justificou a substituição do sistema feudal pelo poder divino dos reis, gerando o período absolutista (KELLY, 2011, p. 43). Sendo assim, Rousseau inicialmente se apresenta contra a

ordem das coisas de sua época, o que cooperou para a noção de seu papel como defensor das liberdades individuais e de um Estado liberal.

Portanto, a oposição do homem naturalmente bom de Rousseau ao homem naturalmente mal que dominava a teoria política de sua época demonstra o confronto entre a visão de Estado da época contra a visão de Rousseau. Isto é, Rousseau enxerga o Estado em função da liberdade, um Estado que se fundaria na livre associação por meio do contrato social que visava preservar não a segurança, mas sim a liberdade. Porém, para a realização de tal feito, Rousseau constrói sua teoria a partir do conceito da vontade geral. Aqui se encontra o fio que conecta Rousseau a Schmitt e posteriormente a Jakobs, pois é a partir do entendimento do que é a vontade geral de Rousseau que se geram as interpretações que ora enxergam Rousseau como um liberal e pioneiro do garantismo, ora como um punitivista e precursor do totalitarismo moderno.

Na vontade geral como regente da vida social e fonte de toda a lei e manifestação da vontade dos associados ao contrato e do espírito da nação traz consigo questões fundamentais e entre elas a principal seria: Como a lei deve proceder perante aquele que rompe o contrato social e desrespeita a vontade geral? Essa é uma questão que a presente dissertação busca certamente responder, assim como demonstrar como Günther Jakobs se insere nesse debate com a sua leitura da vontade geral. Porém, antes é preciso retornar à pergunta anterior e apresentar uma pequena prévia do trabalho de pesquisa aqui apresentado. Há uma resposta com grande força entre comentaristas de Rousseau e apresentada por Jakobs que afirma que a resposta de Rousseau para essa questão é a destruição do inimigo, e, além disso, a despolitização e a despersonalização desse, pois o inimigo é inimigo e não cidadão (JAKOBS, MELIA, 2015, p. 23-28).

São a vontade geral e as questões trazidas por essa figura teórica substituta da representação em Rousseau que dão ignição aos debates em relação ao punitivismo e à função das penas no Estado de Direito. Esse debate não possui interesse simplesmente teórico, mas especialmente prático; ainda mais no contexto político atual — que demonstra que um autor como Rousseau é extremamente relevante — um momento de instabilidade política no qual o Estado de Direito passa por uma das maiores crises de sua história.

Numa era em que o eterno conflito entre segurança e liberdade se acentua, a questão Rousseau é extremamente relevante. A associação ao Estado e ao contrato social é para obter segurança ou para garantir as liberdades? O Estado de Direito deve tratar indivíduos como

inimigos ou se assim fizer a noção de Estado de Direito é rompida? Rousseau, Jakobs e Schmitt tratam essas questões que são extremamente relevantes em uma época na qual a insegurança é um sentimento generalizado e a manutenção da segurança e o combate ao crime se tornou o valor político supremo, aquele valor que elege deputados, governadores e presidentes, assim como derruba governos. O conflito entre o Estado punitivo —aquele que enxerga a função do Estado primária como a de controlar os “impulsos violentos” do homem — e o Estado de Direito — que visa limitar o ímpeto punitivo estatal e a concentração de poder nas mãos de uma elite política que age conforme os próprios preceitos e excedendo à lei — é um conflito sobre o qual Rousseau já escrevia e nos quais hoje enxergamos, de forma muito nítida, as consequências do estado punitivo e como autores tal qual Schmitt e Jakobs contribuíram para a situação atual das coisas, utilizando para isso elementos da teoria de Rousseau.

Por isso, direcionar o presente trabalho a partir de Rousseau e comparar o seu pensamento com os de Jakobs e Schmitt é fundamental na tentativa de apresentar uma leitura sobre a situação crítica de um punitivismo exacerbado que se observa na sociedade moderna, assim como para desvencilhar o pensamento de Rousseau da escola punitivista, demonstrando que o autor genebrino não é um precursor do autoritarismo e do totalitarismo como alguns comentaristas afirmam, mas sim um precursor do Estado de Direito.

O presente trabalho também buscará demonstrar como a interpretação de Schmitt sobre Rousseau e sua vontade geral influenciou a leitura de Jakobs e contribuiu para a leitura da destruição do inimigo e sua despersonalização, influenciando consequentemente todo o cenário penal atual com a introdução do Direito Penal do Inimigo e o estado de exceção contido — aqui, uma herança de Schmitt adotada por Jakobs de forma atualizada e em uma tentativa de limitação —, assim como a tendência punitivista atual de combate à criminalidade e do crescente sentimento social por políticas punitivistas que contraditoriamente são acompanhadas de um sentimento de insegurança cada vez maior.

Portanto, o trabalho iniciará com a apresentação de Rousseau e da sua teoria da vontade geral, partindo para a análise da vontade geral sob a ótica dos comentaristas de Rousseau que afirmam que esse é precursor do autoritarismo e do totalitarismo, assim como responsável pela criação de um sistema que substitui o direito divino dos reis por um novo direito absoluto capaz de legitimar o totalitarismo, isto é, a vontade geral.

A partir da vontade geral, a análise recairá sobre a leitura de Schmitt, assim como a relação entre unidade política, vontade geral, estado de exceção e o agrupamento político amigo-inimigo. A presença de Schmitt é importante na presente dissertação, pois ele demonstra a “passagem” do pensamento de Rousseau – ainda que de forma distorcida em relação ao originalmente pretendido – assim como o pensamento de Rousseau influencia a leitura de Schmitt da necessidade de unidade política. A construção do pensamento de Schmitt em relação ao agrupamento amigo-inimigo leva a questão da unidade política à última consequência, definindo a formação do povo em relação contrária ao outro, levando assim à defesa da destruição do inimigo.

A presente dissertação trabalhará de forma cuidadosa a leitura schmittiana de Rousseau e da vontade geral, buscando demonstrar como muito da leitura de Rousseau como totalitário parte da leitura de Schmitt de Rousseau e do entusiasmo que o primeiro tinha em relação a vontade geral e sua função, interpretando a vontade geral como elemento de oposição a teoria constitucional liberal e fundamental, assim como elemento unificador do Estado que surge em oposição a outro. Há comentaristas que apontam Rousseau como uma espécie de precursor do pensamento político de Schmitt e que a vontade geral era instrumento de entusiasmo para Schmitt justamente pela possibilidade de homogeneidade que o autor alemão acredita ser oferecida pela vontade geral (SCHEUERMAN, 1988, p. 288).

Para tal, os elementos do conceito político de Schmitt serão trabalhados de forma a demonstrar como este opõe-se à noção do surgimento da sociedade a partir de um pacto social, opondo-se assim também ao constitucionalismo liberal. Da mesma forma, a questão do inimigo em Schmitt será trabalhada, pois não apenas dialoga diretamente com a noção de Estado de Rousseau, mas também faz a ponte em relação a Jakobs, tendo em vista que uma das diretrizes que serão defendidas na presente dissertação é justamente a de não relação entre a teoria punitivista de Jakobs e a visão da função das penas de Rousseau; mostrando a semelhança extrema entre Schmitt e Jakobs, em especial em relação à função das penas, ainda que Jakobs não cite Schmitt diretamente como referência para a sua visão da função das penas.

Dessa forma, a questão que pode surgir na mente dos leitores da presente dissertação é: “Qual o motivo para a inclusão de Rousseau na presente dissertação? Sendo um texto focado em debater as origens do estado punitivista, assim como demonstrar o estado punitivista do Século XXI, não seria melhor focar em Schmitt e Jakobs?” Essa pergunta é

certamente pertinente, porém, não há como discutir o tema do estado punitivista moderno sem adentrar a questão Rousseau, pois tanto Schmitt como Jakobs foram influenciados, em relação à questão do inimigo, por Rousseau. O presente trabalho busca demonstrar como a visão de Estado de Rousseau é muito mais semelhante com a do senso comum que o enxergava como um precursor do liberalismo político – político aqui proposital, pois não há como falar de liberalismo em aspecto econômico em Rousseau, em especial pelo fato de no *Discurso sobre a economia política*, o autor genebrino criticar elementos fundamentais do liberalismo econômico – do que a visão de Rousseau como um precursor do totalitarismo e do autoritarismo, tal qual muitos autores o interpretaram; em especial devido a uma aparente contradição de Rousseau na comparação entre *O Contrato Social*” e o “*Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, na qual comentaristas apontam que o Rousseau de *O Contrato Social* é totalitário e precursor de toda espécie de regime totalitarista a se seguir – Arendt afirma que o elemento da *piété* de Rousseau foi o elemento que deu ignição a regimes totalitários no século XIX e XX – enquanto o Rousseau do *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens* é o Rousseau liberal e conhecido pelo senso comum.

Logo, os dois primeiros capítulos servirão ao propósito de demonstrar a base teórica de Rousseau e como ele influenciou Schmitt e Jakobs, assim como demonstrar as semelhanças e diferenças entre esses autores, tal como sua influência na noção do punitivismo e sua relação com o Estado de Direito. Já no terceiro capítulo, as consequências do pensamento de Jakobs na sociedade pós 11 de setembro de 2001 serão apresentadas, assim como o exemplo prático do punitivismo moderno servirá de demonstração que desassocia definitivamente o pensamento de Rousseau do de Jakobs, da mesma forma que demonstra como Jakobs falha em seu objetivo de criar um estado de exceção contido, misturando elementos da teoria de Rousseau e de Schmitt.

Como último ponto do terceiro capítulo, uma leitura geral sobre o estado de coisas do cenário político atual, no qual o estado punitivista se expandiu imensamente, servindo como elemento propulsor de campanhas políticas, alterando a própria forma das relações sociais na sociedade humana, assim como gerando uma miríade de problemas sociais derivada da concepção da necessidade da existência e destruição de um inimigo, pois apenas com a destruição desse inimigo o valor supremo da sociedade moderna punitivista pode ser alcançado, isto é, a segurança. Sendo assim, o tema no terceiro capítulo busca demonstrar como Jakobs, ao construir o seu Direito Penal do Inimigo, falhou em conter o estado

punitivista e cooperou para a existência de um estado securitário que alterou profundamente as relações em sociedade e se tornou um instrumento de ataque ao Estado de Direito; instituição da qual a presente dissertação buscará demonstrar que Rousseau foi um precursor a partir da sua defesa da igualdade formal.

Logo, o cenário de escalada do punitivismo e do autoritarismo, da presença permanente de um estado policial no qual todos estão sujeitos e da guinada do populismo, que se utiliza de razões de segurança para a promoção de agenda política que visa atacar o Estado de Direito, possui íntima relação com o debate teórico que aqui será realizado. É na tradição do debate da escola punitivista que podemos encontrar as características que formaram o estado securitário — e ainda mais importante, os elementos que definem o inimigo na política punitivista moderna —, que se disfarça de justificativas teóricas pautadas em um pretense contrato social para perpetuar uma dinâmica de poder na sociedade, com os mesmos alvos de sempre a serem perseguidos; porém, no cenário atual, por “razões de segurança” e não degeneração ou outros argumentos, pretensamente científicos, muito utilizados durante o século XX.

Por isso, a parte final do terceiro capítulo irá demonstrar como a nova roupagem do punitivismo mantém a problemática de marginalização de classes sociais inteiras, perpetuando a perseguição policial contra grupos minoritários, desrespeitando os preceitos de igualdade do direito material e servindo como exemplo perfeito para a demonstração de como o punitivismo e Rousseau estão distantes, pois o trabalho buscará demonstrar como Rousseau ainda é o pensador de um Estado de Direito que preza pela igualdade formal e pela individualidade.

CAPÍTULO 1

ORIGENS FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: TOTALITARISMO NO PENSAMENTO DE ROUSSEAU?

1.1 Rousseau, Jakobs e o objetivo do contrato social.

Ao realizar estudo sobre as origens filosóficas de uma teoria, é indispensável buscar no próprio autor da teoria quais são suas referências e qual a justificativa que o próprio autor busca dar para sua teoria. Günther Jakobs vê o estado como resultado de uma relação contratualista e é em Rousseau¹ que encontra inspiração para a teoria do Direito Penal do Inimigo:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer “malfeitor” que ataque o “direito social” deixa de ser “membro” do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. “Ao culpado, se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão” (JAKOBS, MELIÁ, 2015, pp.25-26).

Qual o objetivo central da presente dissertação? É desfazer a leitura de Jakobs de que é em Rousseau que se encontra a origem filosófica para sua teoria de direito penal, assim como desfazer potenciais leituras de Rousseau como um autor que dá ensejo a teorias e regimes totalitários. A partir da dissociação entre Rousseau e Jakobs, demonstraremos como a visão da utilidade das penas de Jakobs para manutenção da sociedade contratualista, não condiz com a utilidade das penas associadas à vontade geral que rege o contrato social em Rousseau. Por isso, é fundamental trabalhar as bases sobre o pensamento de Rousseau e demonstrar como a

¹ Jakobs também cita Hobbes, Kant e Fichte, mas apenas em Rousseau a justificativa para a existência do contrato social é a garantia da liberdade e não a da segurança, motivo pelo qual a presente dissertação trabalhará para demonstrar como o valor justificador do Direito Penal do Inimigo é a segurança; e por consequência incompatível com o contrato social de Rousseau que se funda pelo objetivo de garantir o homem tão livre quanto no estado de natureza.

leitura deste por Jakobs – e a autoproclamada inspiração em Rousseau – não encontra guarida no pensamento de Rousseau.

Porém, antes de tratar das bases do pensamento de Rousseau, faz-se necessário demonstrar como Rousseau pode ser, e é, entendido por muitos comentaristas como um autor criador de um projeto totalitário. É na vontade geral de Rousseau que se encontra o maior paradoxo que permite leituras contraditórias sobre o autor. Pelo senso comum, o autor é considerado um pioneiro da liberdade e pensador de um modelo democrático de república, sendo incessantemente elogiado por sua defesa da liberdade. Damos como exemplo Schiller que o descreveu como mártir da sabedoria e liberdade (COBBAN, 1934, p. 33). Porém, o autor genebrino é visto por muitos como um totalitário, responsável por criar um novo absolutismo, não mais o absolutismo monárquico, mas sim o absolutismo da vontade geral, manifestado no paradoxo de forçá-los a serem livres. Ernest Barker afirmava que “De fato, em última instância, Rousseau é um totalitário... Imagine-se Rousseau como perfeito democrata: sua perfeita democracia é ainda múltipla autocracia” (BARKER, 1948, p. xxxviii).

Um autor que apresenta tantos aparentes paradoxos e que possui inúmeros defensores e detratores com diferentes leituras sobre os mesmos pontos, certamente atrairá leituras oportunistas ou incorretas como a de Günther Jakobs. Não objetivo aqui descartar a leitura de Jakobs e sua inspiração em Rousseau, invocando somente o espírito da liberdade presente nas obras de Rousseau, e nem mesmo apelando ao senso comum que se têm sobre ele como um autor defensor das liberdades individuais que clama pelo retorno do homem à natureza. A apresentação de Rousseau será aprofundada, pois é ele que Jakobs aponta como grande inspiração para sua teoria e é em Rousseau, e na vontade geral por ele apresentada, que movimentos totalitaristas, como os jacobinos, se sustentaram. Portanto, a única forma de demonstrar aqui que a leitura de Jakobs sobre Rousseau, e sua sustentação nele, é tão errada como a que os Jacobinos fizeram é trabalhando seriamente Rousseau, não sendo possível pulá-lo nesse debate. O presente capítulo e a dissertação como um todo seguirá a proposta de Gustave Lanson, notável comentarista de Rousseau:

Ponderar seriamente o significado e o teor dos textos, e levar em consideração mais o espírito do que a letra... Não substituir pelo pensamento do [autor] as consequências que dele têm sido deduzidas... Atribuir às suas ideias a relevância cabível (LANSON, 1912, p. 6).

Seguindo o método acima descrito, analisarei a leitura da vontade geral como substituta do fundamento do absolutismo e conseqüentemente justificativa para o Direito Penal do Inimigo, teoria que afirma se sustentar no contrato social. Para isso, necessário se faz analisar o próprio contrato social de Rousseau e em seus objetivos, demonstrando o seu funcionamento, pois foi esse que permitiu e permite leituras de Rousseau como um defensor e precursor do totalitarismo moderno.

Iniciando o estudo do contrato social, fica claro que Rousseau possuía a compreensão da impossibilidade do retorno do homem ao estado de natureza, apesar de crer que o homem no estado natureza era bom e vivia com relativa tranquilidade, não sendo sufocado pelas desigualdades estabelecidas pelos estamentos sociais, contrariando a crença em um estado de guerra permanente de homem contra o homem (ROUSSEAU, 2008, p. 77). A partir dessa compreensão da impossibilidade de retornar o homem ao estado de natureza, Rousseau passa a buscar formas de fazer com que o homem seja tão livre e forte como ele acreditava que era, mas na vida em sociedade. Vale ressaltar que o que se trata aqui não é de liberdade natural, mas sim liberdade civil e moral, que são as liberdades existentes no estado social e limitadas pela vontade geral.

Como a vida em sociedade se torna uma necessidade, um novo pacto social é necessário na visão de Rousseau, de forma a garantir a segurança e a permitir a preservação dos direitos naturais humanos, tal qual a liberdade. Portanto, Rousseau propõe:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes. Esse é o problema fundamental para o qual o contrato social oferece a solução (ROUSSEAU, 2007, p. 33).

Em *Emílio*, o autor iluminista reforça a necessidade do contrato social, afirmando ser esse a base de toda sociedade e que em sua natureza deve-se encontrar a própria natureza. Logo, é necessário remontar ao pacto social e estudar as limitações estabelecidas aos indivíduos e os objetivos do mesmo (ROUSSEAU, 2017, p. 536).

Logo, a premissa básica do contrato social é a necessidade de se associar para se conservar, pois o estado de natureza não é mais uma opção, restando assim a soma de forças que deve ser reunida em torno de uma só motivação que os direcione a agir de forma comum.

A leitura cuidadosa de Rousseau demonstra que o objetivo não é destruir a ordem social, mas reconstruí-la de forma a dar legitimidade a ela.

O homem nasceu livre e em toda parte é posto a ferros. Quem se julga o senhor dos outros não deixa de ser tão escravo quanto eles. Como se produziu essa mudança? Ignoro. O que pode torná-la legítima? Acredito poder resolver essa questão (ROUSSEAU, 2007, p. 23).

O objetivo central é tornar o homem livre, não apenas aquele que está sendo subjogado, mas também o que subjuga, pois ambos estão sobre os grilhões da sociedade – este é um ponto importante, pois serve de clara oposição entre Rousseau e os jacobinos, oposição essa que será debatida em momento posterior – impossibilitados da liberdade natural (MARQUES, 2010, p. 103).

O objetivo final do contrato social na visão de Rousseau não é cada um ceder parte da sua liberdade visando à segurança sob a umbrela do Estado que surge a partir do contrato social, mas sim a liberdade. Segundo Rousseau, é para proteger a liberdade que se cede parcela da liberdade, permanecendo-se tão livre quanto antes. A primeira e mais fundamental lei para Rousseau: “Essa liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei é zelar por sua própria conservação” (ROUSSEAU, 2007, p. 24). Esse paradoxo de ceder a liberdade para garantir a liberdade é o primeiro grande pensamento contraditório de Rousseau e como resposta para tal, Rousseau apresenta a vontade geral. O objetivo do contrato social em Rousseau é completamente distinto de outros contratualistas que o precederam e também de contemporâneos, não apenas em relação ao objetivo, mas também em sua visão de direito natural. Principalmente no tocante à natureza humana e aos direitos naturais, Rousseau diverge de forma considerável, e por isso trataremos dessas divergências a seguir, passando pela visão desse em relação à natureza do homem, relativamente ao direito à liberdade, direito à propriedade e outros direitos naturais fundamentais para estabelecer as bases do debate proposto.

Enquanto John Locke busca demonstrar que o homem não é mau, mas sim livre (LOCKE, 1998, p. 382) e Hobbes afirma que o homem é naturalmente egoísta (HOBBS, 2012, p. 87), Rousseau opta por afirmar o oposto de Hobbes, afirmando que o homem é bom, mas a sociedade o corrompe.

Para Rousseau, o homem é bom e no estado de natureza não se encontra um cenário de guerra de todos contra todos, mas sim uma verdadeira igualdade devido à proporção da

entrega dos dons naturais pela natureza (ROUSSEAU, 2008, p. 77). Sendo o homem bom no estado de natureza, os principais valores a serem protegidos se tornam aqueles que ele possui nesse estado e o alvo é permitir ao homem manter sua bondade natural, não permitindo que essa natureza se corrompa pela sociedade.

Em Rousseau, o homem é bom por natureza, pois segundo ele, nesse estado o homem não coloca grilhões sobre outro homem, não privando o outro de sua liberdade e vivendo ele mesmo livre da forma que melhor lhe convier. Citando Rousseau diretamente:

A natureza comanda todo animal e o animal obedece. O homem recebe a mesma instrução, mas se reconhece livre para concordar ou resistir e é sobretudo na consciência dessa liberdade que se mostra a espiritualidade de sua alma (ROUSSEAU, 2007, p. 42).

Para o autor franco-suíço, o homem é livre até mesmo contra as suas tendências naturais, sendo livre para agir de forma a seguir, controlar ou ir de forma contrária a seus impulsos. O homem no estado de natureza de Rousseau não é um homem tímido e temeroso como o é para outros filósofos que se desdobraram sobre o tema e nem é mau e contencioso. Ele é fundamentalmente livre, livre inclusive para ir contra a sua natureza boa e isso para Rousseau ocorre quando o homem se corrompe pela sociedade.

O homem no estado de natureza era, segundo Rousseau, livre, livre para caçar, colher, beber ou qualquer outra coisa que coubesse a si próprio. Essa crença na liberdade plena, que ele acreditava que o bom selvagem possuía, é um dos motivos que levam a uma das suas principais divergências em relação a outros autores de sua época, especialmente àqueles ligados de forma mais íntima às pretensões burguesas da época. Isso é, em relação ao direito de propriedade. Para Rousseau, o direito à propriedade não poderia ser de fato um direito natural, pois para ele é uma forma de limitação ao maior dos direitos naturais na sua visão, que é o direito à liberdade. Além disso, a propriedade privada se configuraria como causa potencial de guerras e, no estado da natureza, como não há propriedade privada de forma constante, não haveria como ocorrer um estado de guerra de todos contra todos (ROUSSEAU, 2007, p. 29).

Logo, se no estado de natureza não há um estado de guerra de todos contra todos, não há como Rousseau objetivar a segurança no contrato social, pois se assim o fizesse, estaria concordando com uma visão da natureza humana que o próprio rejeitava. O homem se associa ao contrato social buscando preservar a sua liberdade e não a sua segurança. Porém, como

enxergar as limitações impostas na sociedade contratualista como um ato de liberdade e não como limitações à liberdade? Esse papel ele entrega à vontade geral, elemento esse que destrincharemos no próximo subcapítulo.

1.2 Vontade geral, totalitarismo e liberdade.

Há debate real se Rousseau é de fato um jusnaturalista moderno ou um positivista, mas certamente não se debate a importância que esse dá para a liberdade. A liberdade é fator interpretativo do pensamento de Rousseau assim como o objetivo de sua obra, fazer com que os homens em sociedade sejam tão livres quanto no estado de natureza. Sem essa compreensão, a dificuldade de ultrapassar os paradoxos apresentados por Rousseau se torna muito alta:

Não estivesse Rousseau centralmente preocupado com a liberdade, - acima de tudo com a voluntariedade das ações humanas moralmente legítimas – algumas das características estruturais de seu pensamento político seriam (literalmente) inexplicáveis. (Tradução livre)²

Logo, ao escrever sobre educação, Rousseau se preocupava em tentar criar uma teoria de educação que valorizava a liberdade do estudante (da criança a receber seus ensinamentos) e incentivava auxiliar a criança a realizar suas próprias descobertas. Em sua obra mais extensiva conhecida como *Emílio*, o autor compara a educação de uma criança com as plantas, afirmando que a planta que cresce em liberdade tende a manter a inclinação natural a que foi forçada. O mesmo se aplicaria para a natureza dos homens e a educação deveria ser pautada em permitir que a liberdade ajude o homem a chegar ao seu estado mais natural, que para Rousseau seria a natureza boa (ROUSSEAU, 2011, p. 43).

Esse raciocínio interpretativo pode ser realizado em todos os aspectos do pensamento de Rousseau. Já demonstramos como se aplica em relação à propriedade privada e educação, mas não se limita a essas dimensões de seu pensamento. Quando analisamos a sua visão em

²Had Rousseau not been centrally concerned with freedom – above all with the voluntariness of morally legitimate human actions – some of the structural features of his political thought would be (literally) unaccountable. (RILEY, 2011, p.24)

relação a qual é a forma ideal de governo, o conceito de liberdade definido por Rousseau deve ser levado em consideração e é o fator que altera a forma de governo ideal, de modo a buscar aquela que preserve melhor a liberdade humana.

Em *O Contrato Social*, Rousseau explicita essa preocupação com a liberdade quando discorre sobre a forma de organização ideal do Estado preocupado em conservar a liberdade. Um determinado país na visão de Rousseau pode ser mais bem servido por um governo democrático republicano ou por um governo monárquico a depender da extensão de seu território ou da quantidade de súditos. Rousseau parte do argumento de que quanto maior o número de indivíduos em uma democracia, menos poder de influenciar nos rumos do país e na sua própria liberdade cada cidadão possui. Sendo assim, quanto mais cresce o Estado, menos diminui a liberdade. A partir dessas reflexões, Rousseau indica que a melhor forma de governo depende de cada país considerar a maior conservação da liberdade dos súditos (ROUSSEAU, 2007, pp. 73-94).

Logo, resta claro que a liberdade, como objetivo em Rousseau, não é algo questionado por seus comentaristas, mas há forte discussão sobre Rousseau ser realmente um jusnaturalista moderno ou um positivista. Essa argumentação é importante, pois influencia na definição do contrato geral e na própria construção que esse faz da vontade geral. Rousseau certamente possui características comuns aos jusnaturalistas modernos. A utilização recorrente de termos como “direitos naturais”, “clamor à razão” e “estado de natureza” por Rousseau é algo em comum com outros jusnaturalistas. Assim como o senso comum sobre Rousseau o aponta como pensador de um modelo republicano, também o aponta como um jusnaturalista moderno; porém, entre seus comentaristas, não há pacificação sobre o tema. Parte dos comentaristas estudiosos que defendem que Rousseau é um positivista baseia esse posicionamento no status quase absoluto que ele concede à vontade geral e também no fato de considerar a lei ideal um costume. O costume nada mais é do que a repetição da lei ao longo do tempo de forma que essa se torna costumeira. Logo, a repetição e a obediência estrita presentes na lei consuetudinária estão intimamente ligadas ao positivismo.

O jusnaturalismo defende a lei sob a égide do direito natural, já o positivismo no seu cerne entende que qualquer conteúdo pode ser lei, desde que passe pelos trâmites fixados. A definição de Rousseau como positivista ou jusnaturalista é importante, pois possui influência no modelo de Estado de Rousseau, visto que se ele se posicionar como positivista, então a vontade geral é completamente ilimitada para produzir qualquer tipo de norma, incluindo

aquelas que estabeleçam uma ordem totalitária ou até mesmo para justificar o ponto de vista de Jakobs sobre Rousseau como inspiração para o Direito Penal do Inimigo, pois qualquer conteúdo pode ser norma.

Portanto, na vontade geral podemos encontrar essas respostas, sendo essa o centro do pensamento de Rousseau. A vontade geral de Rousseau é certamente uma resposta para a falta de coercitividade dos direitos naturais. Direito natural sem capacidade de sanção é uma impotência social, algo sem importância real que se sustenta apenas no campo das ideias; porém, na visão de Rousseau, lei positiva sem moral é uma injustiça e por isso, na lei devem coexistir esses dois lados (KELLY, 2011, p. 29).

Por isso, a vontade geral é dotada de poder de decisão e capacidade de imposição, de forma a dar à lei, resultante da associação sob a umbrela do contrato social, a força necessária para se interpor contra os que desrespeitem a norma, incluindo aqueles que fazem parte do corpo social. O posicionamento da vontade geral como permissiva de uma lei desprovida dos aspectos morais dos direitos naturais – e conseqüentemente ilimitada em conteúdo desde que seja criada pela vontade geral – possui muita força entre os que leem Rousseau como positivista e principalmente entre os que o leem como um autor que fundou as bases do totalitarismo moderno. O trecho a seguir é muito utilizado para sustentar que conteúdo e norma na vontade geral seguem o pensamento positivista:

As leis que regulam essa relação têm o nome de leis políticas e são também chamadas de leis fundamentais; não sem alguma razão, se essas leis forem sábias. Pois, se em cada Estado houver só uma boa maneira de ordená-lo, o povo que a descobriu deve ater-se a ela: porém, se a ordem estabelecida é má, se tomariam por fundamentais leis que a impedem de ser boa? Seja como for, o povo é sempre senhor de mudar suas leis, mesmo as melhores: se lhe agrada fazer mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo? (ROUSSEAU, 2007, p. 69).

A leitura desse trecho do *O Contrato Social* pode certamente levar à conclusão de que Rousseau possui uma visão positivista em relação à lei e que mesmo que uma lei seja “má” ela é legítima por ter sido estabelecida pelo poder competente e pela forma devida. Porém, Rousseau estabelece a figura do “legislador” como uma forma de controle do próprio conteúdo das normas, ou seja, ele busca desenvolver uma forma de preservar a conservação do direito natural e de seus valores dentro do sistema legislativo originado do poder exercido pelo povo. Raquel Kritsch comenta esse funcionamento:

O povo, no entanto, embora detentor do poder legislativo e de uma vontade (geral) sempre reta, nem sempre tem a nítida percepção de seus reais interesses. Há, portanto, espaço para uma figura que, sem ter o poder de legislar, pode ajudar o povo a encontrar o caminho da legislação. Trata-se de uma espécie de parteiro da vontade geral. A essa figura, Rousseau (1973: 63) dá o nome de legislador. Ele deve ser capaz de entender o povo, sua história, seus costumes e suas possibilidades de organização política. A marca principal do legislador deve ser a capacidade de discernir a forma de vida política mais adequada às condições de cada povo. Trata-se de uma tarefa que o próprio Rousseau se dispõe, de alguma forma, a realizar, quando escreve, sob encomenda, as Considerações sobre o governo da Polônia (KRITSCH, 2011, p. 93).

Assim, Rousseau estabelece uma forma de controle que é pautada nos valores históricos do povo e, portanto, evita a noção de que qualquer conteúdo pode ser lei, independentemente de ir a favor ou contra a “moral” de um povo. Esse ponto possui extrema relevância para o debate não apenas sobre nosso tema, mas sobre os direitos naturais e humanos como um todo, pois ao observar e controlar a lei a partir de uma perspectiva histórica pode-se afirmar que o ponto de partida para a compreensão dos direitos naturais e humanos como direitos históricos já eram apresentados por Rousseau no século XVIII, ainda que inconscientemente. Entrando brevemente na questão da representação, a figura do legislador é a forma de Rousseau tentar desviar a figura de mandatário da soberania, mas, a meu ver, falha em evitar a representação. Milton Meira do Nascimento escreve que a figura do legislador é a forma que Rousseau encontrou de instrumentalizar o exercício da soberania sem recorrer à representação dessa, não sendo o legislador símbolo da soberania, nem procuração ou substituição, mas prefiguração (NASCIMENTO, 2012, p. 148).

Porém, a demonstração do posicionamento da lei e a utilidade dessas no pensamento de Rousseau, não são capazes de afastar as leituras totalitaristas e muito menos de resolver o paradigma de “forçá-los a serem livres”. Para isso, preciso aprofundar a questão da liberdade e trabalhar os pontos do pensamento de Rousseau que são interpretados como totalitários. Como conciliar uma vontade geral que a todos subordine e ao mesmo tempo todos tomar parte dessa, concedendo o inteiro ser para essa vontade e ainda assim sendo tão livre quanto antes? Essa proposição não significaria o fim completo da individualidade em prol de uma lógica coletivista? É inegável que pelo senso comum, Rousseau é o sábio da virtude, o pensador da liberdade, limitando a discussão sobre o potencial totalitário de seu pensamento apenas àqueles que o buscaram estudar de forma mais aprofundada. Charles Edwin Vaughan é um desses autores que apontam o pensamento de Rousseau, e em especial o *Contrato Social*, como formador de um dos mais absolutos coletivismos já concebidos pela mente

humana (VAUGHAN, 1915, p. 39). O comentarista galês porém não está sozinho; Henry Maine se soma a essas críticas, afirmando que Rousseau propõe um “déspota coletivo” que em nome da virtude e da natureza humana cria ao redor da vontade geral, um novo direito absoluto de origem divina que os reis possuíam, porém sobre nova nomenclatura e aparência, mas ainda assim igualmente absolutista (MAINE, 1886, p.157, 160). Até mesmo muitos de seus defensores que afirmam que ele é liberal, criticam pesadamente a obra *O Contrato Social*. Emile Faguet afirma que Rousseau é um verdadeiro liberalista e que todo o cerne de seu pensamento liberal pode ser encontrado no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, mas que *O Contrato Social* “não contém nem mesmo um átomo de liberdade ou segurança” (ROUSSEAU, 1910, p. 34). Leituras de *O Contrato Social* como uma construção teórica que visa permitir o império da lei agindo de forma totalitária e absoluta são comuns até mesmo entre os que enxergam em Rousseau um liberal. Jakobs é um dos que toma para si os preceitos da vontade geral e a sociedade contratualista para desenhar uma teoria penal perseguidora, citando diretamente Rousseau como justificativa para tal teoria. É essa intersecção entre Jakobs e Rousseau que causa a importância do debate sobre o totalitarismo ou não de Rousseau. Por isso trataremos primeiramente dos pontos da vontade geral – elemento mais criticado no *O Contrato Social* – que ensejam leituras de Rousseau como totalitário.

Como já mencionado e trabalhado, a noção de vontade geral surge como a proposta de Rousseau para que a associação no contrato social ocorra e mesmo assim mantenha todos os que se associam tão livres quanto antes. A justificativa para tal é que como a vontade geral é composta da vontade todos os que se associam, não se estaria unindo a uma terceira vontade, mas cada indivíduo estaria se ligando a sua própria vontade e por isso permaneceria tão livre quanto jamais fora (MARQUES, 2010, p. 104). No *Discurso Sobre a Economia Política*, Rousseau reforça a questão da vontade geral:

Que arte inconcebível é essa por meio da qual se pode subjugar os homens para torná-los livres; empregar a serviço do Estado os bens, os braços, e mesmo a vida de todos os seus membros, sem reprimi-los e sem consultá-los; acorrentar sua vontade através de sua própria confissão; fazer valer seu consentimento contra sua recusa e forçá-los a se punirem a si próprios, quando fazem o que não queriam? Como se pode, ao mesmo tempo, fazer que obedeçam e que ninguém os comande, que sirvam e que não tenham senhor, sendo de fato mais livres sob uma aparente sujeição onde ninguém perde parte da sua liberdade, a não ser naquilo que pode prejudicar a do outro? A lei é a única responsável por esses prodígios. Os homens devem apenas à lei a justiça e a liberdade. É esse órgão salutar da vontade de todos que restabelece, por meio do direito, a igualdade natural dos homens. É essa voz celeste que dita a cada cidadão os preceitos da razão pública e ensina-o a agir de acordo com as máximas de seu próprio juízo e a não entrar em contradição consigo mesmo (ROUSSEAU, 2018, pp. 18-19).

É nessa premissa simples da vontade geral que o problema do totalitarismo se apresenta, mas os focos da crítica se direcionam à forma de lidar com aqueles que rejeitam obedecer à vontade geral, pois é aqui que o paradoxo “forçá-los a serem livres” se apresenta. O genebrino escreve:

Assim, para que o pacto social não seja um vão formulário, ele contém tacitamente este compromisso, o único capaz de dar força aos outros: todo aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será forçado por todo o corpo a obedecer, o que não significa outra coisa senão que o forçarão a ser livre, pois tal é a condição que garante o cidadão, entregue à Pátria, de toda dependência pessoal (ROUSSEAU, 2007, p. 37).

Aqui se observa um campo fértil para leituras totalitárias e é justamente nesse ponto que podemos observar o potencial para a leitura de Jakobs e do Direito Penal do Inimigo em relação à função das penas em uma sociedade contratual – e também demonstra a conveniência para Jakobs em tentar fundar-se primariamente em Rousseau dentre os contratualistas, apesar de também citar Hobbes. A possibilidade de forçar o membro que rejeita a vontade geral a ser obrigado possibilitaria um direito especial e direcionado para esses que rejeitam uma lei distinta daquela que submete os que aceitam a vontade geral. Logo, permite justamente uma teoria como a de Jakobs, que defende um direito material e processual distinto para os “inimigos” do Estado. Há uma aparente contradição entre o objetivo de preservar a liberdade e ao mesmo tempo forçar os contratantes a se submeterem à vontade geral. Tomemos como exemplo uma sociedade contratualista como a de Rousseau: uma discussão sobre como lidar com a questão da propriedade privada, tendo a vontade geral definido pela preservação desta. Vemos aqui que a minoria terá que se conformar com a vontade geral e não só isso, mas, como a vontade geral é sábia e correta – isso em Rousseau – aqueles que defenderam o contrário estão contra a vontade geral e devem se submeter. Podemos ver aqui um caminho que permite leituras autoritárias e uma aparente contradição (NASCIMENTO, 1995, p. 14). Não há como negar que a vontade geral em primeiro momento pode ser vista como forma de conformar a sociedade com a vontade do estado social e que o apelo à liberdade é usado como forma de justificação de limitação da liberdade, isso se dá também pela noção de soberania em Rousseau que muito se assemelha à de Hobbes, apenas alterando a questão da representação:

Ao negar a representação da soberania, Rousseau irá enfrentar uma grande dificuldade, a de como fazer a soberania aparecer no cenário político. Dito de outra maneira, como pode o povo exercer sua vontade geral sem delegá-la aos representantes? A estratégia de estabelecer um corpo intermediário entre o soberano e o Estado, isto é, o governo, para ser o executor da vontade geral, não era suficiente para superar a questão fundamental, a do exercício da soberania, a de fazer o povo aparecer no cenário político. O governo é apenas o cérebro que acata as ordens do soberano (o coração) e a transmite a seus membros. Se o governo é a instância administrativa encarregada da execução das leis, resta saber como pode o povo agir para a elaboração das mesmas, como pode exercer sua cidadania, ou seja, sua participação no corpo soberano, sua ação como elemento ativo indispensável para a construção do ordenamento jurídico pelo qual irá pautar-se. Da mesma forma que em Hobbes a metamorfose da multidão em autora se dava pela necessidade de escapar da situação de guerra que levaria todos à destruição e a uma vida incerta, também em Rousseau é a força da necessidade, do que ele chama de obstáculos que impelem os homens em estado de natureza a mudarem de vida e a buscarem o bem comum. Por isso, pactuam para a formação da nova ordem que irá pôr fim à condição instável do estado de natureza. Em Hobbes, para fugir daquela condição miserável, os homens não hesitam em se colocarem nas mãos do soberano representante. Em Rousseau, pelo contrário, a decisão é a de se colocarem nas próprias mãos, procurando somar as forças já existentes e formar uma nova força, superior àquela e na qual todos possam se pautar pelo bem comum. Resta saber como essa multidão de indivíduos em estado de natureza terá a percepção do bem comum. A confiança cega dos indivíduos no soberano representante, em Hobbes, será recusada por Rousseau, mas este terá de pagar um preço alto por isso (NASCIMENTO, 1995, p. 8).

A contradição é clara e Rousseau entendia a existência dela. A vontade geral suprimiria naturalmente a minoria, colocando estes últimos como “errados” e forçando-os a se submeterem, defendendo até mesmo a possibilidade de pena de morte. Por isso, ao se tratar de Rousseau é necessário analisá-lo como um todo e a partir dos princípios e valores caros.

Porém, no processo de deslegitimar a relação entre o Direito Penal do Inimigo e a vontade geral em Rousseau, é preciso assumir o papel do crítico que busca demonstrar as problemáticas da vontade geral e o seu potencial para ser elemento chave de um totalitarismo. Mesmo que assumamos que a vontade geral de Rousseau não foi desenvolvida objetivando o totalitarismo mas sim a voluntariedade na associação civil – e, logo, a livre escolha de se associar – não é possível negar que é crucial que a vontade geral encontre uma autoridade, que rejeite o autoritarismo e que, ao mesmo tempo, possa compelir a obedecer a vontade geral sem recorrer à violência (RILEY, 2011, p. 126). Justamente por ter essa compreensão, Rousseau rejeita a figura da representação – como já trabalhamos – e apresenta a figura do legislador, visando afastar o uso autoritário dessa vontade geral. Porém, há um hábito muito comum de se substituir o pensamento de Rousseau pelo que fizeram de seu pensamento. Isso se manifesta em especial nos acontecimentos da Revolução Francesa, especialmente do

período denominado “Reino do Terror”. Peter Gay aponta para a relação realizada por comentaristas entre Rousseau e a Revolução Francesa:

Taine acreditava que a Revolução Francesa – na qual “a força bruta se colocou à disposição do dogma radical, e ... o dogma radical se colocou à disposição da força bruta – tinha sido, em larga medida, obra de intelectuais cujo conhecimento do mundo dos homens era superficial. Consequentemente, esses intelectuais haviam se permitido, sem restrições, o exercício da teorização abstrata que, afinal, viria a infectar as mentes francesas com o mal das ideias revolucionárias. Vendo Rousseau como o protótipo desses perniciosos filósofos, Taine enseja nova direção à crítica rousseauiana. A teoria política de Rousseau, afirmou, havia sido engendrada como assalto supremo à lei e ao Estado e resultou, paradoxalmente, mas como não poderia deixar de acontecer, em tirania: “A doutrina da soberania popular, interpretada pelas massas, acarretará perfeita anarquia até o momento em que interpretada pelos dirigentes, produzirá perfeito despotismo”. O Estado de Rousseau, como o expõe num epigrama ao qual Cassirer se refere, é um “monastério do laico”, e “neste monastério democrático erigido por Rousseau com base no modelo de Esparta e Roma, o indivíduo é nada, e o Estado, tudo (GAY, 1997, p. 12).

Peter Gay resume de forma excelente a atribuição que o positivista francês coloca sobre Rousseau em relação à revolução francesa. Essa crítica de Taine a Rousseau possui os principais pontos que buscam relacionar Rousseau à revolução francesa. Ao mencionar os filósofos que exercitam a teorização abstrata, Taine refere-se ao célebre trecho do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* em que Rousseau explicitamente afirma ser impossível remontar aos direitos naturais preexistentes sem tomar mão da abstração e a partir disso desenvolve o seu discurso. Nesse ponto, Taine está correto em relação a Rousseau como um filósofo que toma mão da abstração, Rousseau mesmo escreveu no *Discurso* “Começemos por afastar todos os fatos, pois eles não dizem respeito à questão. Não se devem considerar as pesquisas, em que se pode entrar neste assunto, como verdades históricas, mas somente como raciocínios hipotéticos e condicionais” (ROUSSEAU, 2007, p. 37). Porém, em todo o resto, o positivista francês substituiu o pensamento de Rousseau pelas ações dos revolucionários. Ao afirmar sobre a infecção de ideias revolucionárias ocasionadas por Rousseau, Taine coloca Rousseau como um teórico da revolução, mas ao lermos Rousseau, nós podemos observar:

Quem se julga o senhor dos outros não deixa de ser tão escravo quanto eles. Como se produziu essa mudança? Ignoro. O que pode torná-la legítima? Acredito poder resolver essa questão (ROUSSEAU, 2007, p. 23).

Os revolucionários do período do terror reconheciam o opressor e o oprimido como igualmente sujeitos a corrupção da sociedade? Os milhares enviados à guilhotina foram

enviados como uma forma de legitimar a ordem existente e justificar as relações existentes? Como José Oscar de Almeida Marques esclarece, o que Rousseau propõe não é uma revolução heroica, mas sim a transformação daquela sociedade já existente por meio de uma nova convenção pautada na vontade geral que a legitimaria (MARQUES, 2007, p. 104).

Pelo contrário, o fato de acreditar que o homem estava corrompido, fazia Rousseau acreditar e defender que as instituições não podiam ser destruídas, pois apenas sobrariam os vícios já adquiridos pelos homens, sem os benefícios das instituições. Com os vícios humanos, o fim das instituições geraria apenas violência desenfreada – assim como ocorreu durante o período do Reino do Terror na revolução francesa – e por isso, o caminho é reformá-las e não romper em todo. É nesse sentido que Rousseau escreve poder “legitimar” a situação existente (HACHETTE, 2018, p. 287).

Chama a atenção o fato de Rousseau acreditar que sem as instituições a humanidade decairia em um estado de violência desenfreada, tendo em vista que ele rejeitava a noção de o estado de guerra de todos contra todos em um estado de coisas sem sociedade, ou seja, no estado de natureza. Mas esse fato não aponta um paradoxo em Rousseau, mas mostra como ele realmente entendia que os homens não estavam mais aptos a viver em natureza, pois acreditava que os vícios adquiridos eram tão grandes, que se o Estado então desaparecesse, ocorreria o estado de guerra de todos contra todos. Logo, pode-se observar que o pensamento de Rousseau era certamente contrário ao rompimento completo e uma revolução extrema como a que ocorreu a partir de 1794 sob o comando de Robespierre e seus aliados jacobinos. Rousseau propõe a reforma e essa reforma como será trabalhada ocorreria sob a égide da lei.

Taine vai além e afirma que para Rousseau, o Estado é tudo e o indivíduo é nada, afirmando ainda que *O Contrato Social* glorifica a tirania e que seu Estado é como um cárcere (TAINÉ, 1896, p. 319). Vaughan segue no mesmo caminho, afirmando que Rousseau realmente exalta o Estado às expensas do indivíduo. Hannah Arendt afirma que Rousseau e a teoria da vontade geral convertia o múltiplo em um, interpretando a teoria da vontade geral como a nova roupa do absolutismo, subordinada não mais à realeza, mas a um ente abstrato que é “o povo”. Adentrar a relação entre a revolução francesa e Rousseau é fundamental para posteriormente desfazer as confusões e observar essas relações por Arendt será muito produtivo.

Para a autora, foi na virtude, no discurso da piedade que era muito presente em Rousseau, que os revolucionários encontraram o fundamento supremo de justificação para a

revolução. Rousseau certamente era o proponente do sentimento da piedade como um grande valor humano. No *discurso*, o genebrino escreve:

Aliás, há um outro princípio que Hobbes não percebeu e que, tendo sido dado ao homem para suavizar, em certa circunstâncias, a ferocidade do amor-próprio, ou o desejo de conservar-se antes do nascimento desse amor, tempera o ardor que ele tem por seu bem-estar em uma repugnância inata de ver sofrer seu semelhante. Não creio ter nenhuma contradição a temer ao conceder ao homem a única virtude natural que o detrator mais acirrado das virtudes humanas foi forçado a reconhecer. Falo da piedade, disposição que convém a seres tão fracos e sujeitos a tantos males como somos, virtude tanto mais universal e tanto mais útil ao homem por preceder nele o uso de toda reflexão e tão natural que os próprios animais dão às vezes sinais sensíveis dela. (ROUSSEAU, 2007, p. 70).

Arendt corretamente identifica que a *pieté* adquiriu um valor de princípio, mas também um valor moral supremo, que se supraordenava a todos os outros valores morais, em especial para fins políticos (NEVES, 2017, p. 82). É inegável a força que a piedade teve na revolução francesa e como foi instrumentalizada durante a revolução, principalmente durante o seu período mais sangrento. Porém, o conceito de virtude, a *pieté* de Rousseau evidente no *discurso*, não corresponde ao presente no período revolucionário, mas sim uma apropriação de Robespierre e dos propagandistas do período (CASSIRER, 1997, p. 130). Porém, Arendt não faz diferença entre a operacionalização da *pieté* de Rousseau e a instrumentalizada pelos grandes oradores da revolução – em especial os jacobinos, como Robespierre – e afirma que a capacidade de sofrer pelos pobres foi utilizada como diretriz política. Para Arendt, a piedade como valor político quando aliada a vontade geral, levou a inúmeras ações autoritárias e a períodos sanguinários da história humana, que não apenas se limita ao período revolucionário francês. Logo, é possível concluir da leitura de Arendt que os que não se alinhavam com Robespierre e seus partidários, eram considerados “inimigos” por estarem contra a vontade geral, pois o valor supremo da vontade geral, o valor supremo do ente abstrato *Le peuple*, era a piedade, a preocupação com os mais pobres. Arendt afirma que Rousseau “em termos políticos, pressupôs a existência do inimigo nacional comum e se baseou em seu poder de unificação” (ARENDR, 2011, p. 114). Para Arendt, a figura do inimigo é presente em Rousseau como unificação e a vontade geral do povo é a piedade, essa soma básica foi a soma utilizada pelos revolucionários para a prática dos horrores do período sangrento da Revolução Francesa³.

³ Arendt certamente faz uma leitura possível de Rousseau e do *O Contrato Social*, logo, pelos paradigmas do pensamento de Rousseau é possível adotar uma interpretação como a de Arendt, motivo pelo qual o *Emílio* é tão

Certamente, a utilização de um inimigo na política repetiu-se inúmeras vezes ao longo da história humana, o inimigo pode assumir a forma de uma classe social, um político em específico, uma organização criminosa ou até mesmo algo abstrato como a “corrupção da boa moral”. É com a eleição de um valor moral político supremo que se permite eleger o inimigo a ser perseguido. Arendt com muita atenção aponta corretamente como a exaltação aos pobres e a piedade foi utilizada pelas próprias ambições de poder de Robespierre e dos extremistas revolucionários (ARENDR, 2011, p. 129). A piedade como valor supremo substituindo o rei pelo povo e o direito divino dos reis pela vontade geral foi nessa visão, introduzida por Rousseau.

Raphael Neves comenta esse posicionamento de Arendt em relação a Rousseau de forma excelente, apontando como Arendt está correta ao apontar a aparente contradição entre vontade geral e a ponderação de opiniões – aparente contradição que buscarei esclarecer – porém, a autora desassocia *O Contrato Social* do resto da obra de Rousseau, em especial de *Emílio* (NEVES, 2017, p. 85).

É necessário observar o quanto de culpa pelas atrocidades cometidas no Reino de Terror Arendt efetivamente coloca sobre Rousseau e o quanto sobre os revolucionários que instrumentalizaram a teoria da vontade geral. Arendt certamente faz separações em relação ao pensamento de Rousseau e o que os revolucionários fizeram com esse pensamento. Porém, essa ressalva não é realizada por outros autores como Vaughan, Taine e Faguet.

O Contrato Social foi escrito por Rousseau como resposta ao fato de que é impossível ao homem retornar ao estado de natureza. Rousseau apontou já no *Discurso* como “Percebe-se facilmente como o estabelecimento de uma única sociedade tornou indispensável todas as outras...” (ROUSSEAU, 2007, p. 96). A partir do momento em que o homem foi inserido na primeira sociedade, o decaimento do homem natural para o homem social tornou impossível o retorno à natureza. A sociedade proposta no *O Contrato Social* busca criar uma sociedade humana em que os seres humanos possam realmente ser humanos e não os homens sociais com quem Rousseau convivia na Paris de sua época e que veemente criticava (CASSIRER, 1997, p. 52-53).

importante para o desenvolvimento da presente dissertação, demonstrando como muitos dos paradigmas encontram respostas ao analisar a obra de Rousseau como um todo e não majoritariamente pelo *O Contrato Social*.

A necessidade de avaliar *O Contrato Social* juntamente com o restante da obra de Rousseau, em especial *Emílio*, eleva-se quando temos em mente que o objetivo era desmontar a identidade social que Rousseau acreditava ser degenerada pela sociedade. Para isso, um projeto de educação era vital. Rousseau escreveu sobre a identidade social do parisiense de sua época:

Reina em nossos costumes, uma uniformidade desprezível e enganosa e parece que todos os espíritos se fundiram num mesmo molde: incessantemente a polidez impõe, o decoro ordena; incessantemente seguem-se os usos e nunca o próprio gênio. Não se ousa mais parecer o que se é e, sob essa coerção perpétua, os homens que formam o rebanho chamado sociedade, nas mesmas circunstâncias farão todos as mesmas coisas (ROUSSEAU, 2008, p. 4).

Mesmo que se remonte a sociedade sobre uma nova convenção, esta está fadada a cair nos mesmos erros, pois a identidade social gerada pela sociedade corrompida fará com que os homens repitam o ciclo. Para isso, Rousseau propõe o plano educacional em *Emílio*. Taine e Vaughan, entre tantos outros que criticam a teoria da vontade geral e *O Contrato Social* como demonstrativos do totalitarismo e autoritarismo de Rousseau, falham em perceber que a teoria da vontade geral não se aplica à sociedade francesa da época de Rousseau, mas sim à que está por vir, a sociedade de homens iluminados que Rousseau propõe em *Emílio* (CASSIRER, 1997, p. 102).

Porém, por si só, a análise conjunta da obra de Rousseau não afasta a questão do totalitarismo, sendo necessária ainda a resolução do paradoxo “forçá-los a serem livres”, paradigma esse, como já trabalhado, utilizado por Jakobs e a teoria do Direito penal do inimigo. Por isso, buscarei no próximo capítulo demonstrar o que é a liberdade em Rousseau e como ela coexiste com a vontade geral que aparentemente substitui todas as vontades por apenas uma. É no conceito de liberdade em Rousseau que podemos observar a resolução do aparente paradoxo de forçá-los à liberdade, assim como se revela de forma clara a ligação da obra de Rousseau entre si, em especial *Emílio* e *O Contrato Social*, pois a preparação para viver sob a égide da vontade geral é realizada pela educação. Não objetivarei destrinchar a obra *Emílio*, mas sim evidenciar o seu papel dentro da teoria contratualista de Rousseau e como completa *O Contrato Social*.

1.3 Rousseau, *Emílio* e liberdade.

De todos os conceitos de Rousseau, o que mais levou a leituras contrárias é o seu conceito de liberdade, superando até mesmo as discussões ao redor da teoria da vontade geral, e muito se deve ao paradoxo de forçar os homens à liberdade. Iluminar a questão da liberdade em Rousseau é fundamental para cumprir o objetivo a que esse trabalho se propõe de diferenciar Rousseau do Direito Penal do Inimigo e demonstrar a função das penas em Rousseau. Cassirer aponta que:

Para ele, liberdade não significa arbítrio, mas a superação e a exclusão de todo arbítrio. Ela se refere à ligação a uma lei severa e inviolável que eleva o indivíduo acima de si mesmo. Não é o abandono desta lei e o desprender-se dela, mas a concordância com ela o que forma o caráter autêntico e verdadeiro da liberdade. E ele está concretizado no “volonté générale”, na vontade do Estado (CASSIRER, 1997, p. 56).

É na obediência à lei de forma voluntária que se encontra a liberdade para Rousseau e o melhor desenvolvimento de Rousseau como voluntarista será de extrema importância para afastá-lo do totalitarismo. É notório que a função da liberdade e da lei em Rousseau em muito se assemelha à visão calvinista de liberdade e lei – que é distinta da visão dominante da Europa de seu tempo, predominantemente católica – e isso se dá certamente pela sua criação calvinista. Quando se escreve sobre esse período histórico, há de se fazer ressalvas em relação à utilização de termos religiosos e afirmações de fé, tendo em vista que poderia ser utilizada de forma a se blindar de críticas e evitar perseguições. Porém, ao discutir sobre Rousseau, podemos levar em conclusão um fator: A religião dominante na França do período de Rousseau era o catolicismo, e a perseguição aos protestantes foi histórica e recorrente, realizada inclusive pela coroa. Ademais, Rousseau ao publicar *Emílio* foi perseguido e teve que se exilar justamente por influência da Igreja e da Coroa que ficaram irritadas com o conteúdo teológico de sua obra, forçando o seu exílio em Genebra e posteriormente em Val-de-Travers (MORNET, 2008, pp. 133-135).

Porém, qual o conceito de liberdade ligado à religião que Rousseau defendia e conseqüentemente causou o seu exílio? Rousseau defendia que a verdadeira liberdade se encontra somente na lei e em escolher de própria vontade obedecer à lei, possuindo a lei o caráter educacional e transformador que libertaria o homem. Por isso Rousseau escreve que na sociedade contratualista pode-se alcançar a liberdade civil, um patamar maior que a liberdade natural (ROUSSEAU, 2007, p. 38).

Essa visão de liberdade é de origem protestante, pois nessa cosmovisão, o ser humano é refém dos seus vícios – assim como para Rousseau o homem social é refém dos vícios da sociedade – e por isso incapaz de obedecer à lei divina, só sendo realmente livre quando é capaz de se libertar desses seus vícios e agir contra sua natureza corrompida, escolhendo obedecer à lei divina. Esse é o mesmo conceito de liberdade que Rousseau utiliza e se refere no “forçá-los a serem livres”. O papel de *Emílio* e da educação é livrar o homem da corrupção da sociedade e assim prepará-lo para escolher voluntariamente seguir a lei e a vontade geral. Por isso, a sociedade contratualista e a vontade geral de Rousseau são propostas à sociedade futura preparada pelo projeto educacional de Rousseau a reconhecer de vontade própria a importância de obedecer à lei (CASSIRER, 1997, p. 120). Rousseau possui convicção de que a associação civil é o ato mais voluntário do mundo e que privar o homem da sua vontade e liberdade é retirar toda a moralidade das ações humanas. Por isso, a associação ao contrato social e à vontade geral deve ser voluntária e essa é a função da educação (RILEY, 2011, p. 137).

Logo, quando Rousseau escreve em forçar a ser livre, ele está afirmando a necessidade de preparar pela educação aos integrantes do contrato social aceitar de livre vontade a associação ao contrato social e a subordinação à vontade geral. Muito valor se dá aos aspectos substanciais de Rousseau e seus discursos, mas menos valor é dado aos elementos procedimentais. *Emílio* é parte do procedimento da Teoria da Vontade Geral. A crítica costumeira realizada à suposta falta de ponderações de opiniões na Teoria da Vontade Geral é respondida justamente em *Emílio*, pois para Rousseau do que adiantariam múltiplas opiniões se essas fossem alteradas e corrompidas pelos vícios da sociedade? A formação do bem comum, da vontade geral, passa necessariamente pela educação moral de *Emílio*, voltada para retirar as paixões e vícios da sociedade (NEVES, 2017, p. 86).

Cassirer comenta sobre *Emílio* e a importância do projeto educacional para a consolidação da Teoria da Vontade Geral sem retirar a liberdade individual, mas sim inserindo o caráter voluntário:

De modo algum o plano educacional de Rousseau se nega a educar Emílio tornando-o um “cidadão”; mas com certeza ele o educa exclusivamente para ser um “cidadão como aqueles que virão”. A sociedade atual não está madura para este projeto. Ela quer e deve ser mantida cuidadosamente afastada para que sua “realidade” empírica não obscureça as possibilidades ideais que devem ser estabelecidas e afirmadas em contraposição ao ceticismo do século. A força que mantém coesa a sociedade atual não é outra a não ser a convenção do hábito e da inércia natural. Esta sociedade permanecerá sempre o que foi se um dever categórico, uma vontade incondicional de renovação, não se opuser a ela. E como poderia surgir esta vontade, como poderia

ser moldada e fortalecida enquanto o indivíduo se movimentar continuamente no círculo da sociedade e sucumbir à sua moral e aos seus costumes, aos seus julgamentos e aos seus preceitos? O plano educacional do Emílio pretende impedir essa decadência espiritual e moral (CASSIRER, 1997, p. 116-117).

Para tal realização, Emílio – aqui em referência ao educado e não à obra – será criado fora da sociedade, mas objetivando futuramente viver na sociedade e para que, sem o egoísmo e as paixões viciosas da sociedade, possa aceitar a vontade geral voluntariamente por entender que viver sob a lei criada pela vontade geral é a melhor alternativa, mantendo assim a sua liberdade ao associar-se ao contrato social. Por isso, Rousseau escreve que Emílio “não foi feito para permanecer sempre solitário; membro da sociedade, deve cumprir seus deveres” (ROUSSEAU, 2017, p. 470).

Portanto, Rousseau não inseriu um novo conceito de liberdade, mas sim estabeleceu as condições para exercício real da liberdade no âmbito político, utilizando-se da vontade geral e do voluntarismo de forma a evitar a questão da representação, pois reconhecia os perigos desta. A sua forma de interpretar a representação e propor uma alternativa, isto é, a prefiguração por meio da vontade geral, representa um avanço no seu tempo, pois antecipou os problemas que poderiam derivar de uma sociedade que seguisse estritamente o modelo liberal (MARQUES, 2010, p. 113). Da mesma forma, Rousseau preocupava-se com a concentração de poder nas mãos dos governantes – figura a que chama de soberano – motivo pelo qual ele discute limitações em relações às penas e aos poderes punitivos do Estado, questão que será discutida de forma aprofundada no próximo capítulo.

Se o homem é acorrentado pela sociedade de forma artificial –, pois para ele o homem se torna menos por meio dos vícios impostos pela sociedade – o homem também pode se tornar livre pela sociedade, mas pela sociedade reconstruída pelo projeto educacional. Para Rousseau, se a sociedade pode corromper e acorrentar, ela também pode edificar e libertar, sendo esse o motivo para Rousseau não ser um defensor de uma revolução irrestrita ou de um abandono da vida em sociedade para retornar ao estado de natureza, mas sim de uma reforma. Maria Aparecida Azevedo Abreu comenta que Rousseau:

Para afastar essas características, Rousseau parece apontar em suas obras não propriamente políticas, ser necessário, além do contrato social estabelecido por convenção, buscar a natureza das coisas, em todos os campos da vida. É nesse sentido que Rousseau desenvolve as suas reflexões sobre a educação de um cidadão em Emílio. Ali, percebe-se a busca pelas sensações e experiências mais autênticas, desde o momento da infância, para que só a partir delas se possa chegar à razão. Nesta educação, segundo o autor, está o antídoto contra o deslumbramento

provocado pela vida em sociedade (é à francesa do século XVIII, a que o nosso autor se refere) e a garantia de que o cidadão daquela forma educado possa ser um cidadão sóbrio, com sólidos sentimentos de justiça e preparado para, não somente pensar em seus interesses, mas, também viver em comunidade. O projeto de educação de Rousseau pode ser visto como um projeto para levar o indivíduo à razão. Ora, o contrato social, obviamente, é um projeto de racionalidade, tanto no aspecto de cálculo, ou seja, de tornar as ações políticas previsíveis e inseridas num âmbito de moralidade, quanto no aspecto de justificação e de legitimação dessas mesmas ações (ABREU, 2007, 182).

O homem no Estado de natureza é livre, mas sua liberdade não advém da racionalidade e por isso, essa liberdade não pode ser recuperada pelo homem social. A liberdade civil que é a liberdade proposta por Rousseau, nasce a partir do acordo de vontades no Contrato Social e se desenvolve a partir do programa de Emílio. A liberdade mantém-se por ser permeada de um caráter voluntarista. Para Rousseau, o vínculo que liga o homem à sociedade é natural, ao contrário do senso comum sobre Rousseau que enxerga uma rejeição total e completa à vida em sociedade – o que ele rejeita é a sociedade parisiense de seu tempo – porém, a sociedade não é natural fisicamente, mas sim advém da natureza racional do homem e é por isso que Rousseau entende possível se associar à sociedade contratualista e ainda permanecer tão livre quanto antes, pois é a natureza racional a responsável por tal escolha, uma escolha voluntária, defendendo ainda que o homem é um ser político, apesar de negar que o ser humano seja um *zoon politikon*. Dessa forma, Rousseau retira o fundamento biológico e jusnaturalista de sociedade, muito comum em sua época – sendo essa uma das justificativas daqueles que leem Rousseau como positivista – e substitui por um fundamento ético idealizado. Porém, não se pode exigir que a sociedade se fundasse de imediato sob a égide de uma ética idealizada, a construção dessa faz parte da escala programática social, do projeto educacional de Rousseau que é Emílio, que possui como objetivo último dar surgimento a um idealismo ético e a um idealismo político, que por fim gerarão um Estado em que todos entendam livremente que a lei é aquilo que mantém a liberdade de todos e um Estado no qual a lei corresponda a vontade geral dos próprios contratantes e não uma imposição de um soberano e um representante. Para Rousseau, o vínculo a uma lei capaz de elevar o cidadão de si mesmo ao ponto desse poder superar até mesmo o arbítrio que é capaz formar o caráter autêntico da liberdade. Cassirer comenta que para Rousseau:

O homem não verá mais o objetivo da comunidade na mera satisfação instintiva, e não a julgará baseado na amplitude alcançada por esta sua satisfação. Ela verá nela, ao contrário, a fundadora e a guardiã do direito – e entenderá que no cumprimento desta tarefa está assegurada se não a felicidade, pelo menos a dignidade da humanidade (CASSIRER, 1997, p. 102).

Mas quais são as consequências da liberdade civil para Rousseau? Como ela pode efetivamente ser obtida? Certamente, a aceitação da vontade geral é parte desse processo, mas há procedimentos estabelecidos em relação ao funcionamento do Estado, da lei e dos integrantes do estado para que a vontade geral permita que o objetivo de Rousseau se sustente, isto é, ser tão livre quanto antes, mas desfrutando das benesses da vida em sociedade. Logo, a discussão sobre a lei em si e a função das penas é fundamental em Rousseau e é a importância concedida à lei em sua obra que levaram Jakobs a se inspirar em Rousseau ao criar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, afirmando que é no contratualismo – mais especificamente o de Rousseau – que se encontra o fundamento para o Estado diferenciar o cidadão comum dos inimigos e, portanto, justificar tratamentos legais diferenciados de acordo com a pessoa alvo, logo é um direito penal subjetivo, pois se diferencia a partir do sujeito alvo do aparelho estatal.

Dessa forma, no próximo capítulo discutiremos a fundo a questão da visão de lei e direito para Rousseau, mais especificamente a função das penas, comparando com o que Jakobs e sua Teoria do Direito Penal preconizam, diferenciando dessa forma os dois posicionamentos, para então poder a partir dessa base estabelecida, determinar onde realmente existe o fundamento para a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

CAPÍTULO 2

JAKOBS, ROUSSEAU, LEI E O INIMIGO NO CONTRATO SOCIAL.

2.1 A lei e o inimigo para Rousseau.

O fundamento base da Teoria do Direito Penal do Inimigo é a diferenciação de tratamento legal de acordo com a oposição cidadão e inimigo, gerando assim dois direitos, como o próprio Jakobs escreve “O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos;” (JAKOBS, MELIÁ, 2018, p. 29). A justificativa filosófica para a existência de um direito do cidadão e do inimigo seria Rousseau e os contratualistas, indicando que para Rousseau o delinquente morreria mais como inimigo do que como cidadão, fazendo referência direta à passagem de *O Contrato Social*.

Porém, o objetivo aqui será questionar se para Rousseau realmente cabe ao delinquente morrer mais como inimigo do que como cidadão e para isso, faz-se necessário discutir primeiramente a ideia de Rousseau sobre a ordem legal e se para Rousseau é possível haver dois direitos com privilégios ou desvantagens estabelecidas de acordo com o sujeito a quem o direito será aplicado. A ideia de direitos diferenciados em Rousseau é estranha já a partir de uma observação preliminar. Rousseau, como teórico da vontade geral que acreditava ser essa a forma de associação capaz de preservar a liberdade ao mesmo tempo de reformar a sociedade, defendia que a vontade geral apenas seria válida se a vontade de todos os cidadãos, sem exceção – aí incluindo mulheres, pobres e imigrantes que vinham das colônias tal como os da Córsega, Haiti e outras colônias francesas – poderia defender um direito diferenciado, baseado em um conceito definido de inimigo? Entretanto, o que justifica Rousseau ter escrito que cabe àquele que rompe o contrato social morrer mais como inimigo do que cidadão? A essas perguntas pretendo responder e para isso, o papel da lei – não apenas a penal, mas a geral – é fundamental. No Discurso sobre a Economia Política, Rousseau escreveu:

É apenas à lei que o homem deve a justiça e a liberdade; é este órgão {salutar} da vontade de todos que restabeleceu na ordem do direito a igualdade natural entre os homens; esta voz divina dita para cada cidadão as normas da razão pública

ensinando-o a agir segundo as máximas de seu próprio julgamento e não cair em contradição consigo mesmo (ROUSSEAU, 2017, p. 41).

A lei assume um papel absolutamente importante não apenas pela influência material que possui — reger as relações entre indivíduos em uma sociedade e do Estado para com os indivíduos —, mas também adquire um caráter simbólico que é o de ponto unificador da vontade geral. Esse caráter simbólico gera um efeito em cadeia que em muito interessa ao ponto central da presente dissertação. Se a lei é um símbolo da unidade da vontade geral e, portanto, da própria liberdade, essa não pode ser manchada, não pode ser corrompida e nem pode tratar diferentemente aqueles que estão debaixo de sua vigência, pois se assim o fizesse, estaria necessariamente rompendo a própria premissa da teoria da vontade geral. Dessa forma, não cabe na lei da vontade geral qualquer exceção, seja ela benéfica ou prejudicial; o direito deve se comportar como um apenas, independentemente do porquê e do para quem. Rousseau escreve:

O que prova que a igualdade de direito e a noção de justiça que ela produz deriva da preferência que cada um se dá e, portanto, da natureza do homem; que a vontade geral, para ser realmente tal, deve sê-lo em seu objeto assim como em sua essência; que ela deve partir de todos para se aplicar a todos; e que ela perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque então julgando sobre o que nos é alheio, não temos nenhum verdadeiro princípio de equidade a nos guiar (ROUSSEAU, 2007, p. 48).

Como então defender um direito penal voltado ao inimigo em uma sociedade contratualista regida pela vontade geral? Na lógica contratualista rousseauiana até mesmo uma diferenciação legislativa benéfica seria um rompimento da vontade geral e da equidade preconizada por ela. Curiosamente, Rousseau, que em muitos pontos defende uma visão mais intervencionista ou coletivista, nesse ponto é estritamente liberal, ignorando as questões de igualdade material, focando na igualdade formal. Porém, tal posicionamento não altera a impossibilidade que seria defender um direito diferenciado de acordo com o indivíduo alvo. Então como justificar tratar aquele que descumpra o contrato social como inimigo e não como cidadão? A resposta dessa pergunta fica ainda mais distante se nos aprofundarmos mais sobre a questão da liberdade formal em Rousseau. O genebrino escreve:

Não importa por qual lado se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber: que o pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade que todos se comprometem sob as mesmas condições e que todos devem usufruir os mesmos direitos. Assim, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente a todos os cidadãos,

de modo que o soberano conhece apenas o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que o compõem (ROUSSEAU, 2007, p. 49).

A lei deve obrigar ou favorecer a todos os cidadãos na lógica rousseuniana, dessa forma, pensar um processo penal mais célere que se aplique apenas a um determinado grupo de indivíduos e não a todos configuraria uma quebra na equidade. A mesma lógica se aplica ao direito penal material, ao direito civil e ao direito público como um todo. Cassirer aponta que o papel do Estado em Rousseau não é romper a desigualdade física, mas sim garantir e estabelecer a igualdade jurídica e moral (CASSIRER, 1997, p. 59). Porém, vale ressaltar que Rousseau é crítico da desigualdade material, assim como da distribuição desproporcional de bens, ele apenas não acredita na possibilidade de uma alteração drástica de tal realidade por meio da lei e do Estado, para ele, a questão da propriedade é algo que ele teve que aceitar por entender a impossibilidade de reversão do cenário, da mesma forma que ele se conformou e aceitou o fato da impossibilidade do homem abandonar a sociedade para retornar ao estado de natureza. É justamente por essa compreensão que Rousseau busca estabelecer pela lei a equidade legal de forma a impedir a repetição do processo que levou ao despotismo de seu tempo, despotismo esse que foi estabelecido a partir da desigualdade econômica. Porém, Rousseau estabelece processos legais para impedir a perpetuação da desigualdade econômica, mas sempre com leis gerais e nunca específicas, um exemplo é a defesa de leis que restrinjam a sucessão hereditária, mas não encerrando por completo o instituto da herança (ROUSSEAU, 2007, 70).

Retornando ao ponto central do presente subcapítulo, se para Rousseau a lei deve tratar de forma equânime todos os membros que compõem a vontade geral, como justificar que alguns morram como inimigos e não cidadãos? Esse realmente é o sentido de tal afirmação? Uma interpretação normalmente utilizada para justificar a possibilidade desse tratamento aparentemente diferencial é a de que aquele que delinque rompe o contrato social, deixa de ser cidadão e logo não pode mais ser punido sob a égide da lei e nem mais tem direito aos benefícios dessa, não estando mais localizado na ordem jurídica, mas fora dela, o que justificaria a destruição do inimigo. Jakobs, entretanto afirma que não considerar o delincente membro do contrato social retiraria a legitimidade do Estado em punir esse delincente, sendo esse o motivo para defender dois direitos, o direito do cidadão e o direito do inimigo (JAKOBS, MELIÁ, 2018, p.25).

Como justificar a destruição do indivíduo como cidadão e não inimigo? Primeiramente, deve ser contextualizado de forma a poder entender. No Capítulo V do Livro II do *O Contrato Social*, Rousseau disserta sobre o direito de vida e morte, dissertação essa que acaba por adentrar o assunto de como lidar com o inimigo de estado, ou seja, aquele que conspira para o fim da própria ordem estatal e não apenas o delinquente comum, isto é, aquele que furta, contrabandeia ou até mesmo aquele que pratica crimes violentos. O conceito de inimigo aqui em Rousseau é justamente aquele que atenta contra a ordem social tentando derrubá-la, para esses casos Rousseau entende que a pena de morte é aplicável (ROUSSEAU, 2007, p. 51). Jakobs também aponta para um inimigo, porém, para ele, o inimigo em questão é primariamente o terrorista – há também uma flexibilização do conceito de inimigo, mas trabalharemos essa questão em momento posterior – mas o que diferencia Jakobs e Rousseau é primariamente a questão processual e legal. Jakobs defende a existência de um direito excepcional que só se aplica aos inimigos e a esses não considerados os direitos dos cidadãos, o que é certamente curioso, tendo em vista que Jakobs afirma que na visão de Rousseau, o inimigo não é cidadão, mas ele próprio aplica um direito não voltado ao cidadão. Já para Rousseau, o indivíduo “inimigo” é chamado como tal por retórica e isso se prova pelo fato de que ele deve passar por um processo e julgamento com provas, de forma a ser punido. Mas que processo e julgamento é esse? É rigorosamente o mesmo processo e julgamento direcionado ao cidadão comum, não há dois direitos, o inimigo assim é chamado apenas pelo fato de praticar crimes que buscam destruir a ordem social, mas ainda assim é um cidadão de fato e é julgado como tal, Rousseau escreve que “Os processos, o julgamento, são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social” (ROUSSEAU, 2007, p. 51). Que processo é esse? Que julgamento é esse? É o mesmo processo e julgamento a que se submete o delinquente comum, apenas com pena mais grave prevista pela lei, mas a lei aplicada é a mesma, pois como anteriormente trabalhado, não pode haver exceção legal na lei regida sob a égide da vontade geral, há apenas um direito e não um direito voltado especialmente para o inimigo. Essa é uma diferenciação básica entre Jakobs e Rousseau, mas que não termina aí.

Jakobs é defensor de que o Estado pode ver os delinquentes de duas formas distintas: Uma forma enxerga o delinquente como alguém que incorreu em um erro e a outra enxerga o indivíduo como alguém que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, devendo o Estado fazer isso por meio da coação. Sendo assim, o primeiro indivíduo é aquele que comete um crime por erro ou circunstância, o segundo é um criminoso nato, um inimigo. Jakobs define que é o terrorista aquele que deve ser tratado como inimigo, mas não considera

ilegítimo esse tratamento a outros criminosos, pois é legítima essa diferenciação de forma a poupar o ordenamento jurídico. Porém vale a ressalva de que nem todo delinquente pode receber esse tratamento de inimigo segundo Jakobs, mas não se limita apenas aos terroristas. Aqui já se repete a diferença fundamental do que é o inimigo para Rousseau e o que é o inimigo para Jakobs (JAKOBS, MELIÁ, pp. 40-41).

Mas o ponto principal é como se vê a pena. Jakobs vê a pena como coação e a coação é a forma a ser adotada pelo Estado para garantir a ordem jurídica, porém Rousseau se opõe a isso, motivo pelo qual no próximo subcapítulo mostraremos a visão de Rousseau, como essa possui ligações com o positivismo e a questão da pena de morte em Rousseau, assim como a questão da oposição a crueldade e a força como forma de coação.

2.2 – Rousseau, positivismo e pena de morte.

Direito natural sem capacidade de sanção é uma impotência social, algo sem importância real que se sustenta apenas no campo das ideias, porém, na visão de Rousseau, lei positiva sem moral é uma injustiça e por isso, a lei deve coexistir esses dois lados (KELLY, 2011, p. 29). Apesar da constante defesa da natureza humana e de um clamor realizado por Rousseau para o homem aceitar o chamado da natureza e retornar ao estado anterior, há quem veja um caráter positivista e antinaturalista em Rousseau, baseando-se no conceito do contrato social para tal. Dessa forma, o contrato social se apresentaria em Rousseau como pressuposto lógico para a concretização de direitos naturais em civis e individuais, ou seja, a positivação desses direitos e a imposição a partir do contrato social serviriam ao propósito de garantir aos direitos naturais a força sancionatória sobre a égide de um Estado de direito. Rousseau enxerga o direito natural como algo que, na sociedade que “rejeitara” a vida natural em detrimento da vida social, só poderia ser tutelado por meio da força vinculante da lei, o que dá o sentido ao contrato social e à abdicção da liberdade para ser livre, pois na vida social só é possível preservar a liberdade que havia no estado natural por meio da associação a uma nova forma de organização social que para Rousseau era o contrato social.

Sobre seu posicionamento em relação à lei, o autor iluminista escreveu:

Noble people, I have no wish to give you artificial and systematic laws of man's invention, but to bring you back beneath the laws of nature and order, which alone command the hear and do no try annize the will⁴ (ROUSSEAU, 2014, p. 950).

Rousseau busca a conciliação entre o direito natural e o positivismo, tentando conceder a força de imposição ao direito natural e concedendo o aspecto moral à lei posta. Porém, qual a importância de tal reflexão para o posicionamento de Rousseau sobre punitivismo e sobre a figura do inimigo? O ponto central da doutrina de destruição do inimigo e dos defensores da subjetividade da lei em relação ao inimigo é a possibilidade total e completa destruição do criminoso (ou seja, do inimigo), ultrapassando até mesmo garantias e direitos individuais. Essa interpretação é claramente contrária à de Rousseau e a questão da pena de morte que será trabalhada não deve ser utilizada para defender um Rousseau punitivista.

A doutrina do direito natural de Rousseau possui um caráter dualista entre o direito natural e o direito positivo. O direito natural é perfeito enquanto um “dever ser”, mas carece da imposição do direito positivo, o último é imperfeito e necessita de uma justificação que para Rousseau só é alcançado quando o direito positivo se pauta nos direitos naturais. O poder nesse caso está na sociedade civil, o poder do direito positivo e a capacidade de justificar esse por meio da legitimação dos direitos naturais.

Esse ponto é um dos motivos pelos quais os defensores da teoria do direito penal do inimigo utilizam o contratualismo de Rousseau como uma das bases justificadoras dessa teoria. A defesa que Rousseau faz da lei não está associada ao positivismo como alguns comentaristas defendem, mas sim ligada ao próprio direito natural, sendo a lei a manifestação da vontade geral. O direito e a lei para Rousseau só possuem legitimidade se forem a manifestação da vontade geral do povo.

Porém, isso abre algumas questões problemáticas, tendo em vista que possibilita interpretações de que, se for pela vontade geral, qualquer lei é válida, independentemente do conteúdo ser algo considerado “moral” ou não, de acordo com os direitos naturais. Essa interpretação certamente fortalece a visão positivista e encontra certo embasamento quando lemos o pensamento de Rousseau. O autor escreve:

⁴“Nobre povo, eu não desejo entregar-lhes um sistema artificial de lei dos homens, mas, trazê-los para debaixo das leis de natureza e ordem as quais por si só comandam o ouvido e não tentam anular a vontade”. (Tradução livre)

As leis que regulam essa relação têm o nome de leis políticas e são também chamadas de leis fundamentais, não sem alguma razão, se essas leis forem sábias. Pois, se em cada Estado houver só uma boa maneira de ordená-lo, o povo que a descobriu deve ater-se a ela: porém, se a ordem estabelecida é má, por que se tomariam por fundamentais leis que a impedem de ser boa? Seja como for, o povo é sempre senhor de mudar suas leis, mesmo as melhores: se lhe agrada fazer mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo? (ROUSSEAU, 2007, p. 69).

A leitura desse trecho do *O Contrato Social* pode certamente levar à conclusão de que Rousseau possui uma visão positivista em relação à lei e de que mesmo que uma lei seja “má” ela é legítima por ter sido estabelecida pelo poder competente e pela forma devida. Porém, Rousseau estabelece a figura do “legislador” como uma forma de controle do próprio conteúdo das normas, ou seja, ele busca desenvolver uma forma de preservar a conservação do direito natural e de seus valores dentro do sistema legislativo originado do poder exercido pelo povo. Raquel Kritsch comenta esse funcionamento:

O povo, no entanto, embora detentor do poder legislativo e de uma vontade (geral) sempre reta, nem sempre tem a nítida percepção de seus reais interesses. Há, portanto, espaço para uma figura que, sem ter o poder de legislar, pode ajudar o povo a encontrar o caminho da legislação. Trata-se de uma espécie de parteiro da vontade geral. A essa figura, Rousseau (1973: 63) dá o nome de legislador. Ele deve ser capaz de entender o povo, sua história, seus costumes e suas possibilidades de organização política. A marca principal do legislador deve ser a capacidade de discernir a forma de vida política mais adequada às condições de cada povo. Trata-se de uma tarefa que o próprio Rousseau se dispõe, de alguma forma, a realizar, quando escreve, sob encomenda, as Considerações sobre o governo da Polônia (KRITSCH, 2011, p. 93).

Dessa forma, Rousseau estabelece uma forma de controle que é pautada nos valores históricos do povo e, portanto, evita a noção de que qualquer conteúdo pode ser lei, independentemente de ir a favor ou contra a “moral” de um povo. Esse ponto possui extrema relevância para o debate não apenas do nosso tema, mas sobre os direitos naturais e humanos como um todo, pois ao observar e controlar a lei a partir de uma perspectiva histórica, podemos afirmar que o ponto de partida para a compreensão dos direitos naturais e humanos como direitos históricos já eram apresentados por Rousseau no século XVIII, ainda que inconscientemente. Rousseau também escreve que a lei não pode carecer da força natural, ou seja, uma lei não é independente da moral, pois considerar a lei como legítima apenas por ser formada pelos meios “corretos” pode gerar abusos (ROUSSEAU, 2018, p. 12).

Trabalhada a questão de que não se pode efetivamente considerar toda matéria e assunto como lei legítima, na visão de Rousseau em contrato social, então qualquer

argumento que diga que leis extremamente cruéis ou que desrespeitem direitos estabelecidos em prol da segurança, utilizando-se do argumento positivista, encontra-se desacreditado ao analisarmos a possibilidade de controle da lei por razões morais e históricas.

Porém, o ponto anteriormente apresentado não é suficiente para afastar o contratualismo de Rousseau completamente das teorias punitivistas, incluindo o direito penal do inimigo. É necessário analisar se há outros pontos em que o contratualismo de Rousseau coincide com essas teorias e isso será analisado nesse capítulo, começando com um tópico extremamente sensível dentro do pensamento de Rousseau, que é o seu posicionamento sobre a questão da pena de morte.

Existem duas correntes de comentaristas, com posicionamentos diferentes em relação à pena de morte, que foram diretamente influenciadas por Rousseau. A primeira corrente parte dos preceitos estabelecidos por Rousseau em relação à lei e ao pacto social para defender a humanização das penas, defendendo que a força do Estado deve ser usada de forma estrita em comparação a violação cometida. Essa corrente defende o fim da tortura, da pena de morte e de qualquer tipo de pena cruel.

A segunda corrente é a corrente punitivista, que se manifesta a partir dos preceitos do contratualismo do século XVIII, um direito penal subjetivo que defende o uso de toda força do Estado, até mesmo com flexibilização da própria lei processual e material de forma a punir os indivíduos por um fator subjetivo. Ou seja, por serem criminosos e não pelos crimes que foram cometidos, esses indivíduos deveriam ser tratados como inimigos e, portanto, não considerados como parte do corpo social, o que permitiria punição fora da lei estabelecida pela vontade geral.

A pena de morte é a primeira questão relevante nessa discussão de filosofia política e leis dentro da perspectiva contratualista de Rousseau. Um dos principais nomes que dialogam com Rousseau e que pode ser considerado o pioneiro da defesa de penas mais humanas é Cesare Beccaria. Beccaria aponta Rousseau diretamente como inspiração para o progresso da filosofia política e para o debate da humanização das penas. Beccaria faz referência a Rousseau logo no início de sua obra mais importante *Dos Delitos e das Penas*, citando diretamente:

Como é digno de todo o reconhecimento do gênero humano o filósofo que, do fundo do seu retiro obscuro e desprezado, teve a coragem de lançar na sociedade as primeiras sementes, por tanto tempo infrutíferas, das verdades úteis! As verdades filosóficas, por toda parte divulgadas por meio da imprensa, revelaram, enfim, as

verdadeiras relações que unem os soberanos aos súditos e os povos entre si (BECCARIA, 2013, p. 20).

Beccaria e a corrente humanista defendem que dentro da lógica do contrato social, as penas devem ser utilizadas dentro da liberdade e autoridade concedida pelos indivíduos ao Estado; sendo assim, o exagero na punição é o excesso da própria vontade geral, pois deve existir proporção entre a pena e o interesse do coletivo. Ocorrendo a desproporcionalidade entre essas duas dimensões, o pacto social estará sendo descumprido. Rousseau apesar de ter escrito favoravelmente à possibilidade da existência da pena de morte dentro do Estado contratualista, não se posiciona favoravelmente ou contrariamente à pena de morte enquanto valor, ao contrário de Beccaria, que não apenas critica a utilidade da pena de morte, como também a acusa de ser uma prática barbárica (BECCARIA, 2017, pp. 55-60).

A razão para essa corrente rejeitar a pena de morte no contratualismo não se limita à questão da proporcionalidade entre pena e interesse coletivo, mas também defende que não seja útil ou necessária. A maioria dos abolicionistas não realiza a defesa da extinção da pena de morte partindo de um argumento jusnaturalista, ou seja, não discutem a legitimidade desta, mas sim a sua serventia.

O debate central desse tema na presente dissertação também passa pela utilidade das penas, não apenas da pena de morte, mas de todas as penas dentro do contrato social. Por isso, é necessário definir qual a meta das penas em Rousseau e se essa função permite uma visão subjetiva das instituições (da lei e do direito).

Em um primeiro momento é importante ressaltar que Rousseau não é contrário à pena de morte – o que não necessariamente significa que apoie um direito penal subjetivo – pois para ele, os contratantes para viver se permitem morrer se eles mesmos se tornarem assassinos. A questão para Rousseau em relação à pena de morte é uma questão de utilidade e não somente de legitimidade, seja jurídica ou natural.

Por isso, é necessário tratar sobre Rousseau e sua visão da pena de morte, para explicar o fundamento e então discutir se há a possibilidade de defesa de um direito subjetivo com base no contrato social. Rousseau escreve sobre a pena de morte:

A pena de morte infligida aos criminosos pode ser considerada mais ou menos sob o mesmo ponto de vista: é para não sermos a vítima de um assassino que consentimos em morrer se nos tornarmos um. Nesse contrato, longe de dispor da própria vida, pensa-se apenas em garanti-la, e não cabe presumir que algum dos contratantes

premedite então fazer-se enforcar. Aliás, todo malfeitor que ataca o direito social torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria, cessa de ser seu membro ao violar suas leis e pratica inclusive a guerra contra ela. Assim, a conservação do Estado é incompatível com a dele, porque é preciso que um dos dois pereça, e é menos como cidadão do que como inimigo que se faz morrer o culpado. Os processos, o julgamento, são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, portanto, não é mais membro do Estado. Ora, como o culpado se reconheceu como tal, ao menos por sua residência, ele deve ser punido pelo exílio como infrator do pacto ou pela morte como inimigo público, pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito da guerra é matar o vencido (ROUSSEAU, 2007, p. 51).

A posição de Rousseau, a princípio, pode parecer semelhante ao direito penal do inimigo – que será trabalhado mais profundamente no próximo subcapítulo – tendo em vista que é claro que Rousseau defende a destruição do “inimigo”, ou seja, a destruição daquele que descumpra o pacto social, rompendo-o e se tornando dessa forma um inimigo da vontade geral por escolher a vontade individual sobre a anterior, sendo que o conceito de exclusão do inimigo foi incluído no manifesto da revolução francesa.

Porém, apesar de admitir a “destruição” do inimigo, dentro dos próprios requisitos necessários para a aplicação da pena de morte, Rousseau se diferencia dos defensores do direito subjetivo. A apropriação do pensamento de Rousseau, feita pelos jacobinos, é extremamente criticada por leitores de Rousseau ao tempo da revolução e também pelos modernos, questionando a crueldade jacobina e a busca pela destruição dos inimigos liderada por Robespierre e apontando as contradições entre o discurso jacobino e o pensamento de Rousseau (NASCIMENTO, 1980, p.184).

A correlação entre Beccaria, Rousseau e a humanização das penas se torna ainda mais notável ao analisarmos como Rousseau rejeita a crueldade dos castigos e a visão da utilidade das penas como “coação”. Rousseau escreve sobre o caráter ideal das penas e considera que:

De fato, a primeira das leis é respeitá-las: o melhor dos castigos não passa de recurso vão imaginado por espíritos pequenos para substituir pelo terror o respeito que não podem obter. Observa-se com frequência que nos países onde os suplícios são mais terríveis sua aplicação é mais constante, de maneira que a crueldade das penas nada mais indica do que a abundância de infratores. Punindo todos com a mesma severidade, forçam-se os culpados a cometerem crimes para escapar à punição de suas faltas (ROUSSEAU, 2018, pp. 19-20).

Logo, adotar o posicionamento de que Rousseau é defensor da punição extremada como forma de defesa do ordenamento e como proteção ao ordenamento jurídico é adotar um posicionamento impossível de acordo com a leitura de Rousseau. O punitivismo é, na visão

rousseauiana, forma impossível de garantir o respeito à lei. Rousseau defende que o terror é incapaz de garantir o respeito à lei e que a crueldade das penas em nada contribui com o ponto central a que as penas deveriam servir. Isto é, as penas devem contribuir com a questão educacional de entendimento da necessidade da lei – entrando na lógica voluntarista de Rousseau em relação à vontade geral – e não servir como instrumento de terror ou perseguição. A visão da função da pena em Rousseau como instrumento para eliminação de um perigo não existe, ao contrário de Jakobs que escreve que:

A função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos. (...) Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos em seu direito à segurança. Não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (JAKOBS, MELIÁ, 2018, p. 47).

Ideias centrais de Jakobs são completamente contraditórias com o cerne do pensamento de Rousseau em relação a utilidade das penas. A possibilidade de guerra interna, utilização de um direito paralelo para os inimigos, assim como a visão da pena como forma de eliminação de um perigo. A tentativa de tachar Rousseau como um punitivista ou um precursor de um subjetivismo penal – ainda que não desenvolvido como o atual – encontra ainda menos razão do que a visão de Rousseau como um totalitário. Porém, esse não é um erro particularmente novo, mas sim um que se repetiu ao longo da história. O uso da defesa da pena de morte que Rousseau faz para ser aplicado contra o inimigo de forma subjetiva foi inicialmente utilizado e propagado pelos movimentos revolucionários do século XVIII, principalmente pelos revolucionários de 1789 e o problema gerado de tal situação foi a confusão dos princípios apontados por Rousseau por um programa prático autoaplicável, ignorando o contexto e os objetivos estabelecidos pelo contrato social. A utilização da pena de morte e do poder de coerção concedido pela vontade geral para a destruição do “inimigo” gerou um período conturbado de violência liderado pelos jacobinos logo após a revolução de 1789 (NASCIMENTO, 1988, p. 129).

Um erro da corrente, que afirma que o posicionamento de Rousseau é a favor da total destruição do inimigo devido ao caráter subjetivo, possui como engano a não compreensão de que a pena para Rousseau, assim como a pena de morte, possui o caráter utilitário e não retributivo. Assim como em sua filosofia de educação, Rousseau busca a utilidade e não uma

retribuição, sendo admirado e vilificado por sua educação “progressiva”. Da mesma forma que em seus escritos sobre educação para crianças; para criminosos a pena também deve cumprir uma função e não ser utilizada apenas como resposta para sociedade (PARRY, 2011, p. 247).

A ideia de liberdade e disciplina é central no pensamento de Rousseau sobre educação e não se limita apenas à educação infantil, mas também ao corpo social em relação aos aspectos morais e políticos dos membros do contrato social. Estando a educação no cerne de seu pensamento, se torna impossível imaginar a pena como uma forma de retribuição. Assim sendo, a própria pena de morte que ele admite e defende em alguns cenários, não possui como função a retribuição ao criminoso, mas sim a utilidade de educar o corpo social. A tal suposta “destruição” do inimigo por se romper o contrato social, não ocorre porque ele se voltou contra o corpo social e assim mereceu a punição, mas ocorre porque esse indivíduo, ao se associar ao corpo social, concedeu à vontade geral, ao soberano, a possibilidade de morrer em troca da segurança. Dessa forma, a suposta “destruição” a que Rousseau se refere, distingue-se severamente da perseguição e destruição do inimigo presente no direito penal do inimigo. Vale ressaltar que não está sendo feito qualquer tipo de defesa da pena de morte, mas apenas sendo demonstrado o pensamento de Rousseau sobre a questão, diferenciando seu pensamento da corrente retributiva – a que defende a pena de morte como espécie de “vingança” e retribuição contra o criminoso – e também diferenciando de parte da corrente humanista que cita Rousseau como inspiração para políticas e teorias abolicionistas. Como visto, Rousseau não é contrário ao uso da pena de morte, mas também não defende irrestritamente o uso de tal pena. Existem inúmeras restrições em relação ao uso da pena de morte e de outras penas cruéis em Rousseau, motivo pelo qual no próximo capítulo trataremos de mostrar situações em que Rousseau difere dos defensores do punitivismo e busca uma função para o uso de coerção e força do corpo político diferente daquela pretendida pelos punitivistas.

É difícil separar a discussão sobre o punitivismo do direito de guerra, principalmente pelo fato de que a pena e a lei possuem circunstâncias éticas e morais distintas quando em tempos de guerra. Essa discussão se torna ainda mais relevante quando a guerra em questão é uma guerra interna, entre os próprios membros do corpo social, que deveriam estar sujeitos a uma vontade geral una. Dessa forma, neste subcapítulo será discutido como o contrato social na visão de Rousseau deve agir em relação às leis e às penas em tempo de guerra externa e em

situação de guerra interna, buscando assim delinear e distinguir o pensamento de Rousseau das correntes punitivistas, principalmente as correntes punitivistas de cunho subjetivo.

A lei, também referida por Rousseau como direito dos povos, está intimamente ligada à utilidade dessa e a falha em cumprir essa utilidade, leva à situação de calamidade, à situação de guerra interna e externa. Citando diretamente o autor:

De povo a povo, cada um goza a liberdade natural; o que no fundo torna nossa situação pior do que se essas distinções fossem desconhecidas. Pois, vivendo ao mesmo tempo na ordem social e no estado de natureza, estamos submetidos aos inconvenientes de um e de outro, sem encontrar segurança em nenhum dos dois. A perfeição da ordem social consiste, é verdade, no concurso da força e da lei: mas é preciso, para isso, que a lei dirija a força, ao passo que nas ideias de independência absoluta dos príncipes somente a força sozinha, falando aos cidadãos sob o nome de lei e aos estrangeiros sob o nome de razão de Estado, tira destes o poder e dos outros a vontade de resistir, de sorte que o vão nome de justiça serve em toda a parte apenas de salvaguarda à violência. Quanto ao que se chama comumente de direito dos povos, é certo que, à falta de sanção suas leis, não são senão quimeras mais fracas ainda do que a lei da natureza, esta fala pelo menos ao coração dos particulares, ao passo que o direito dos povos, não tendo outra garantia senão a utilidade daquele que a ele se submete, suas decisões só são respeitadas enquanto o interesse as confirma. Na condição mista em que nos encontramos, a qualquer dos dois sistemas que dermos a preferência, fazendo muito ou muito pouco não fazemos nada e somos colocados no pior estado em que pudéssemos nos encontrar. Aí está, parece-me, a verdadeira origem das calamidades públicas (ROUSSEAU, 2011, p. 76).

A premissa de Rousseau sobre a utilidade das penas é detentora de simplicidade, pois se resume na hipótese de que o estado de guerra não surge do estado de natureza, mas sim da paz do estado social, sendo a causa para isso as próprias instituições e a insuficiência da força governante para impedir o estado de guerra. Sendo assim, as calamidades de guerras advêm da insuficiência das penas e da lei em fazer coexistir as liberdades naturais com a segurança na sociedade. Portanto, a utilidade das penas em primeira análise possui como função impedir a situação de guerra e calamidade, tanto interna quanto externa, mas principalmente garantir um estado de paz, sendo esta última, muito mais difícil de se alcançar e manter do que a anterior.

A partir dessa premissa básica, podemos discutir a utilidade das penas no contrato social de Rousseau e demonstrar como o autor franco-suíço não se alinha com um pensamento punitivista, ao contrário do que é defendido pelas correntes punitivistas atuais. Isso pode ser observado diretamente com a leitura seguinte:

A constituição deste universo não permite que todos os seres sensíveis que o compõem concorram ao mesmo tempo para a felicidade mútua, mas o bem-estar de

um fazendo o mal do outro, cada um segundo a lei de natureza, dá-se a si mesmo a preferência e, quando trabalha para a sua vantagem em prejuízo do outro, no mesmo instante a paz é perturbada em relação àquele que sofre; então, não somente é natural rechaçar o mal que nos persegue, mas, quando um ser inteligente vê que esse mal lhe vem pela má vontade de outro, ele se irrita com isso e procura impeli-lo sobre seu autor; daí nascem a discórdia, as querelas, por vezes os combates, mas não ainda a guerra. Enfim, quando as coisas se encontram no ponto em que um ser dotado de razão é convencido de que o cuidado com sua conservação é incompatível não somente com o bem-estar de um outro, mas com sua existência; então, arma-se contra a vida dele e procura-se destruí-lo com o mesmo ardor com o qual procura conservar-se a si mesmo e pela mesma razão. O agredido, sentindo que a segurança da sua existência é incompatível com a existência do agressor, ataca, por sua vez, com todas as suas forças, a vida daquele que também quer atacar a sua; essa vontade manifesta de se destruir mutuamente, e todos os atos que dependem dela, produzem entre os dois inimigos uma relação que chamamos guerra. Daí se segue que a guerra não consiste de forma alguma num ou vários combates não premeditados, nem mesmo no homicídio e na morte cometida por um arrebatamento de cólera, mas na vontade constante refletida e manifesta de destruir seu inimigo. Pois, para julgar que a existência desse inimigo é incompatível com nosso bem-estar, é preciso sangue frio e razão, o que produz uma resolução durável, e, para que a relação seja mútua, é preciso que o inimigo, por sua vez, sabendo que atentamos contra sua vida, tenha o desejo de defendê-la às expensas da nossa. Todas essas ideias estão contidas na palavra guerra. Os efeitos públicos dessa má vontade reduzida em ato se chamam hostilidades: mas, que haja hostilidades ou não, a relação de guerra uma vez estabelecida não pode cessar senão por uma paz formal (ROUSSEAU, 2011, p. 77).

Dessa forma, o cenário que leva à guerra externa e o cenário que leva à guerra interna, com a destruição de inimigos considerados perigosos à manutenção da paz e segurança na sociedade, é o mesmo. Para Rousseau, o “mal” que leva à guerra é justamente o posicionamento em que a coexistência entre agressor e agredido é impossível, sendo o único caminho a destruição do outro. Portanto, quando o Estado considera um grupo de indivíduos dentro do Estado como inimigos que devem ser destruídos, é o direito de guerra contra o próprio cidadão sendo exercido.

Se os motivos para a guerra externa e a guerra interna são os mesmos, também deve ser o mesmo o princípio de ação em relação aos adversários na guerra. Rousseau defende que um Estado não pode ter indivíduos como inimigos, mas apenas outros Estados e que em situação de guerra, os direitos e deveres dos indivíduos devem ser respeitados pelo governo invasor (ROUSSEAU, 2007, p. 65). O posicionamento de Rousseau sobre a guerra combinada com seus escritos em relação à utilidade das leis, afasta a possibilidade de considerar o autor franco-suíço um defensor do direito penal subjetivo. Tal pensamento permeia toda a obra do autor, como ele mesmo escreve: “não há indivíduo ruim que não se possa tornar bom para alguma coisa” (ROUSSEAU, 2007, p. 51).

Portanto, o caráter da pena em Rousseau não é retributivo, mas sim utilitário, pois se há a possibilidade de reforma, então a pena deve servir também a esse propósito. A utilização do argumento da pena de morte de Rousseau, como fator definidor de seu posicionamento em relação à destruição de um inimigo, parece falacioso, ainda mais quando analisado o elo entre lei, pena, utilidade e sociedade. Como o próprio iluminista afirma:

Que estranho animal seria aquele que acreditasse seu bem-estar vinculado à destruição de toda sua espécie, e como conceber que tal espécie tão monstruosa e tão detestável pudesse durar somente duas gerações? (ROUSSEAU, 2009, p. 157).

Aqui observamos como o fato de ser um defensor do estado de natureza e recusar a noção de um estado de guerra de todos contra todos, acaba por influenciar o pensamento do iluminista franco-suíço em relação à destruição do inimigo. Pela observação da natureza com a razão como o fator determinante, Rousseau defende a impossibilidade da destruição de um indivíduo da mesma espécie como um inimigo baseado na própria natureza humana. Dessa forma, não há associação entre a pena de morte e uma possível ligação ao punitivismo dentro desse contexto, pois a pena de morte no contexto do contratualismo de Rousseau só deve ser uma pena se essa possui uma função.

Por isso, as penas estão ligadas intimamente a sua função dentro do contrato social e imediatamente ao direito de punir, tanto em capacidade quanto legitimidade. A legitimidade do direito de punir naturalmente advém da vontade geral. A vontade geral que institui o soberano e a esse transfere o direito de punir. Essa transferência ocorre com uma finalidade específica, a manutenção do contrato social e da segurança obtida neste, de forma a se permitir o progresso para o estágio da liberdade moral (ROUSSEAU, 2007, p. 27). As penas se originam de forma voluntária, a partir do ingresso no contrato social e não podem exceder ao necessário para a manutenção deste, sendo assim, as penas devem ser usadas dentro da lógica de Rousseau e com o objetivo de “forçá-los a serem livres”, demonstrando como é, em princípio, contrário ao posicionamento de Jakobs de eliminação de um perigo, especialmente no tocante à ação preventiva que Jakobs defende:

Cuidar das bases da presunção de uma conduta futura de acordo com a Lei é um dever positivo elementar de todos os cidadãos, pois somente quando esta presunção se mantém fundamentalmente é que se torna possível um tratado tanto livre, como sem medo mútuo entre os cidadãos. Assim, a personalidade real, que rege a orientação, não é gerada pelo simples fato de ser postulada, mas sim, ao contrário, devem concorrer também determinadas condições. Por isso, a proposição “no Direito, todo ser humano tem direito a ser tratado como pessoa” é incompleta. (...) Em consequência, a formulação correta da proposição é a seguinte: “todo aquele que

é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa”, e quem não aplicar esta disposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa (JAKOBS, MELIÁ, 2018, pp. 58-59).

O pensamento de Jakobs e como esse se contrapõe ao de Rousseau – apesar do próprio indicar Rousseau como um pioneiro da visão de delinquentes como inimigos – pode ser sumarizado no trecho acima e por esse motivo demonstrarei essas diferenças ponto por ponto, com o cuidado e a seriedade necessária para enfrentar um texto tão problemático como o de Jakobs. Ao escrever que é “necessário cuidar das bases da presunção de uma conduta futura”, Jakobs está dizendo da necessidade de uma lei preventiva capaz de antever situações de forma a proteger o ordenamento jurídico, que na sua visão é o motivo de ser do contrato social, isto é, a segurança do ordenamento jurídico é a segurança do contrato social. Aqui está a diferença fundamental entre Rousseau e Jakobs em relação à lei. Enquanto para Rousseau a lei existe para preservar bens – no caso, a liberdade –, Jakobs defende a lei como protetora da própria lei e do ordenamento jurídico e não necessariamente de bens. Há uma clara diferença entre as duas visões de ordenamento jurídico, pois por mais importante que a lei seja; para Rousseau, ela possui a função de manter os homens livres, O ordenamento jurídico não é um valor em si que deve ser protegido, pois para Rousseau a lei que nasce da vontade geral, possui valor e deve ser obedecida e colocada no papel central devido ao fato de nascer da associação livre dos contratantes e visar manter os contratantes tão livres quanto antes. Jakobs se opõe fundamentalmente em relação ao entendimento da lei penal como útil para a proteção de bens, pois para ele o que deve ser protegido é a própria lei em si, demonstrando assim o conhecido “funcionalismo sistêmico” de Jakobs (GALVÃO, 2016, p. 36).

Dessa forma, a utilidade das penas e o propósito a que elas servem é completamente distinto para Jakobs e Rousseau, sendo impossível defender a tese de que se encontra no último bases teóricas para defender a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Para Rousseau, é para não morrer que se dá o direito de morrer, logo, uma lei que define a pena de morte para um assassinato, não o faz para proteger a lei e apenas a lei, mas principalmente um bem jurídico, neste caso é a vida que se pretende proteger. É para não morrer que se aceita o direito de morrer. As implicações dessas diferenças são tremendas e a influência nas possibilidades de política criminal que elas permitem é igualmente colossal.

Considerando o funcionalismo sistêmico de Jakobs – que possui íntima relação com o Direito Penal do Inimigo – todo crime, não importa quão insignificante, deve ser estritamente

punido, não importando se há um bem ferido ou não. Em um cenário em que a função das penas, a função da lei penal, consiste em defender a própria lei, o próprio ordenamento jurídico, todas as infrações devem ser punidas, pois o propósito da lei é defender a lei. Quando adicionamos nesse contexto o fato já trabalhado de que para Jakobs a lei penal deve tomar mão da coação, então se conclui naturalmente que toda infração deve ser punida de forma que se inibam práticas futuras, ou seja, toda pena deve ser dura e usar da coação, não importando se o crime foi o furto de um pão para se alimentar ou um assalto armado a uma instituição financeira. O princípio da insignificância – elementar no direito penal e existente desde o período do Direito Romano – se tornaria inaplicável na teoria de Jakobs, pois não há crime insignificante, crime sem lesividade ou com inexistência de periculosidade social do ato, pois todo crime, não importa o quão insignificante possa ser ou até mesmo o quão pouco reprovada seja a conduta perante a sociedade, teria que ser punido – tomando parte da coação – devido ao fato de ferir a própria existência da lei. Logo, as consequências da adoção de tal política são óbvias. O encarceramento em massa, o entupimento das vias judiciais, sobrepeso tributário colocado sobre o contribuinte, tudo para manter a lógica punitivista do Direito Penal do Inimigo que se desdobra também no funcionalismo sistêmico. Vale ressaltar que o objetivo do presente texto não é de forma alguma defender a permissividade do Estado em relação ao crime, mas sim discutir teoricamente as origens do Direito Penal do Inimigo, as funções das penas no contrato social e as consequências das visões de Jakobs e Rousseau que entendo – e por isso defendi até o presente momento – serem antagônicas. Enquanto Jakobs defende a punição para proteger a lei, logo, rejeitando a noção da insignificância, Rousseau aponta para a inutilidade do excesso de punições e afirma que o excesso de penas é sinal de um Estado enfraquecido que tenta por meio desse excesso repor e de certa forma “esconder” a própria fraqueza. Um Estado que pune a todo momento demonstra o seu próprio enfraquecimento (ROUSSEAU, 2007, p. 49). É nítido que para Rousseau a criminalidade é um sintoma de um problema maior na sociedade e demonstra a ineficiência da lei, não se referindo à ineficiência em coagir a não desrespeitarem a lei, mas sim, a ineficiência em construir uma sociedade que em um conjunto seja capaz de oferecer os elementos reais convenientes para a pacificação social. A educação, a igualdade perante a lei, a importância da voluntariedade em relação à vontade geral, todos esses são elementos que demonstram que a sociedade ideal para Rousseau não passa por uma coletividade que toma parte do terror como forma de governo. Isso deveria ser autoevidente, tendo em vista que o objetivo de Rousseau era reformar a sociedade corrompida da sua época, uma comunidade que possuía um governo absolutista no qual a pobreza e a desigualdade perante a lei – necessário ressaltar que Rousseau focava mais

na falta de igualdade legal, pois para ele, era esta que gerava a desigualdade material – causavam o aumento das mazelas sociais e conseqüentemente da criminalidade. Criminalidade essa que era respondida com extrema força por parte do Estado francês da época e que apresentava poucos resultados (ZEHR, 2019, p. 55).

Mais um elemento a ser destrinchado sobre a questão da prevenção em Jakobs e como é contrário ao pensamento de Rousseau é o fato de que para esse último “não há indivíduo ruim que não possa se tornar bom para alguma coisa”, o que descarta a possibilidade de uma lei preventiva voltada a algum perfil específico (ROUSSEAU, 2007, p.51). Porém, o mais problemático pensamento de Jakobs – e o que mais contradiz o pensamento de Rousseau que ele aponta como uma das inspirações filosóficas de sua teoria – é o pensamento de que “todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa” (JAKOBS, MELIÁ, 2018, pp. 58-59). A consequência óbvia e imediata de tal divisão entre aqueles que são fiéis ao ordenamento jurídico – e que devem ser tratados como pessoas – e aqueles que não são “fiéis” ao ordenamento jurídico é a criação de dois direitos, duas classes, uma com menos direitos, menos garantias do que a outra. Mais um problema óbvio dessa divisão é o critério de quem define aquele que possui “confiabilidade” e aquele que não a possui. Enquanto Rousseau defende tratamento igualitário perante a lei, remetendo à noção clássica de liberdade formal, Jakobs toma o caminho contrário, mas não criando uma lei de forma que permita igualdade material, mas sim uma lei que aumente a desigualdade de forma que essa desigualdade criada pela lei possa agir como coação e iniba as condutas consideradas perigosas para a manutenção do ordenamento jurídico. Porém, na desigualdade que Jakobs propõe, reside o perigo da definição incorreta da entidade a quem será concedido o direito de definir o que é “o delinquente que é um perigo para a manutenção da ordem”, pois da mesma forma como Jakobs defende sua teoria para ser aplicada a terroristas, outros podem usar dessa justificativa para defender tratamento de inimigo para críticos, opositores, jornalistas ou qualquer um que se oponha ao projeto de poder do detentor do poder político. A origem da teoria de Jakobs é dessa forma muito mais similar aos desdobramentos do conceito de político e do agrupamento de amigo-inimigo do que às teorias contratualistas as quais ele afirma terem servido de base filosófica para a sua teoria.

A questão de não tratar todos como pessoas apresenta um problema ainda mais grave que é a desumanização do delinquente, isto é, demonstra um grau pior ainda do que não tratar como um cidadão. Um cidadão é alguém que detém os direitos decorrentes da sua cidadania, da sua ligação com o Estado. Uma pessoa que não é considerada cidadão, naturalmente está

mais desprotegida, mas Jakobs vai além ao afirmar que só deve ser tratado como pessoa aquele que possui “confiabilidade” em relação ao ordenamento jurídico, pois se só aquele que possui essa “confiabilidade” deve ser tratado como pessoa. Então todos os outros devem ser tratados como algo abaixo de pessoa, ou seja, retira-se do inimigo não apenas a sua cidadania, mas também a sua humanidade. Se alguém não é uma pessoa, o que se permite como punição? A teoria de Jakobs se demonstra uma aberração com potencial desastroso e de extremo autoritarismo, especialmente se aplicada por mãos dispostas a não manter os terroristas como único alvo do Direito Penal do Inimigo. No Brasil, essa teoria já é aplicada em relação aos grandes líderes de organizações criminosas que cumprem o regime carcerário inteiramente em regime diferenciado – RDD, também conhecido como solitária. Que garantia há de que não possa essa teoria ser voltada ao cidadão comum que é crítico do Estado? Aos adversários políticos, a grupos religiosos que não se adequem ao pensamento de quem detém o poder político? Rousseau escreve que:

Se quiserem saber em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser a finalidade de cada sistema de legislação, veremos que ele se reduz a estes dois objetos principais, a liberdade e a igualdade. A liberdade porque toda dependência particular equivale a retirar força do corpo do Estado; a igualdade porque a liberdade não pode subsistir sem ela (ROUSSEAU, 2007, p. 67).

A lei, as penas e a força estatal devem ser usadas sempre objetivando a igualdade e a liberdade, nunca a manutenção do poder em si. Como o próprio Rousseau escreve: “mas que, quanto ao poder, esteja abaixo de toda violência e nunca se exerça senão em virtude da ordem e das leis;” (ROUSSEAU, 2007, pp. 66-67), ou seja, o poder não deve ser usado como coação, mas conforme a lei. Fica nítido que a leitura que Jakobs faz de Rousseau demonstra vícios que levam à conclusão de que a interpretação do primeiro da obra do segundo foi “contaminada” por leituras intermediárias, afinal, Rousseau é um autor cuja obra gerou interpretações distintas e que ainda causa debates sobre o seu caráter libertário ou autoritário. Somando a isso as semelhanças que encontramos entre o pensamento de Jakobs e Schmitt, podemos apontar que a leitura de Rousseau realizada por Jakobs é, em muito, influenciada pela leitura que Schmitt faz de Rousseau e da sua vontade geral. Por isso, para podermos avançar, precisamos trabalhar a leitura que Schmitt faz da vontade geral de Rousseau, de forma a demonstrar os elementos da vontade geral que foram absorvidos por Schmitt e como posteriormente essa leitura de Schmitt acabou influenciando Jakobs – ainda que Jakobs não

cite direta ou nominalmente Schmitt – a teorizar o Direito Penal do Inimigo como um direito penal para o contratualismo.

2.3 – Schmitt e sua leitura da vontade geral de Rousseau.

Como já trabalhada à exaustão, a teoria da vontade geral de Rousseau se fundamenta no voluntarismo que forma um pacto no qual todas as partes são considerados iguais – perante a lei – e com que todos se comprometem reciprocamente, motivo pelo qual para não morrer se permite morrer. Rousseau estabelece questões procedimentais de forma a manter a reciprocidade garantida pela vontade geral. A rejeição da representação da soberania e a presença da figura do legislador demonstram o objetivo de Rousseau em manter os cidadãos que são iguais perante a lei com comprometimentos recíprocos. Logo, como já comentado, a vontade geral para Rousseau não é uma forma de homogeneizar as vontades individuais completamente em uma só, pois se assim fosse, não haveria sentido em se associar ao contrato social de forma a preservar a liberdade. Para Rousseau, essa noção de compromisso recíproco mantém as individualidades e as liberdades intocadas e ao mesmo tempo gera uma unidade política no que tange à questão da relação da sociedade com a lei, de tal forma que “Ele verá nela, ao contrário, a fundadora e a guardiã do direito – e entenderá que no cumprimento desta tarefa está assegurada, se não a felicidade, pelo menos a dignidade da humanidade” (CASSIRER, 1997, p. 102).

A vontade geral em Rousseau não é de forma alguma pensada como um rolo compressor das individualidades visando à unidade política absoluta. Tanto que Rousseau defende a participação de todos os cidadãos no processo político e de formação das leis (NEVES, 2017, pp. 78-88).

Porém, a leitura que Schmitt faz da vontade geral de Rousseau toma um caminho contrário e para chegar à conclusão que se busca é necessário estabelecer os princípios da leitura de Rousseau ,feita por Schmitt. O autor alemão não interpreta a vontade geral como um elemento totalitário e perigoso como Hannah Arendt faz – questão já trabalhada no capítulo 1 da presente dissertação – mas pelo contrário, encontra na vontade geral de Rousseau um elemento precursor do seu próprio existencialismo político (SCHEUERMAN, 1998, p. 255).

Os elementos teóricos do conceito político de Schmitt serão trabalhados de forma mais cuidadosa no próximo capítulo, porém, faz-se necessário definir que Schmitt era um crítico do conceito liberal de constituição (NEVES, 2017, p. 78), isto é, crítico da noção da constituição como um pacto que visa formar a ordem jurídica/Estado e ao mesmo tempo limitar o poder deste, ou seja, Schmitt rejeita a noção de uma constituição com dupla função, a de legitimar e a de limitar ao mesmo tempo. Schmitt enxerga a constituição como o resultado de fatores reais de poder, como resultado das forças políticas, não sendo fruto de um pacto para definir o estado, mas surgindo como externalização de uma situação política já existente, como uma manifestação da decisão política fundamental. Essa visão de constituição ficou conhecida como a constituição em sentido político e resume de forma inicial – pois será trabalhada de forma mais aprofundada em momento posterior – a oposição que Schmitt faz ao constitucionalismo liberal clássico, oposição essa que ele também enxerga na visão geral de Rousseau e em menor grau na noção de poder constituinte de Sieyès, pois ambos defendem a existência de uma ordem preexistente à constituição. Scheurman escreve:

A teoria e a prática francesas capturam brilhantemente, para Schmitt, a verdade política de que o processo constituinte sempre se baseia na preexistência de uma nação eticamente homogênea, capaz de se diferenciar de outros povos e, se necessário, entrar em luta contra eles. A indivisibilidade e onipotência do *pouvoir constituant* só podem ser entendidas nesse contexto. Para Schmitt, o *pouvoir constituant* é mais do que uma mera ficção conceitual. De uma forma muito concreta, o Volk é sempre “constituído, primeiro e principalmente, por definir-se a si mesmo em oposição a um “inimigo”, por ganhar uma capacidade para a ação violenta contra contestações de sua identidade coletiva (SCHEURMAN, 1998, p. 255).

Aqui já podemos ver claramente a primeira grande ligação entre Jakobs e Schmitt, pois para o segundo, a constituição visa ao ganho da capacidade de combater aquilo que ameaça a identidade coletiva do Estado. Aplicando em Jakobs podemos ver que o Direito Penal do Inimigo é justamente a capacidade adquirida para combater o que ameaça a identidade coletiva do Estado que para Jakobs é o próprio ordenamento jurídico. A noção do contexto amigo/inimigo é fundamental na leitura que Schmitt faz de Rousseau e que acaba por influenciar na criação da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Retornando ao ponto em relação à leitura de Schmitt da vontade geral, faz-se necessário definir que para este não há a formação de uma unidade política com o contrato social ou a constituição, esses apenas servem como exposição da unidade política pressuposta e por isso toda a ação política pertence ao povo, que acaba sendo fonte de todo poder. Há aqui uma similaridade com Rousseau e os revolucionários franceses. Na França revolucionária, o conceito de poder

preexistente ao Estado era muito presente e utilizado para reivindicar alterações nas estruturas de poder do Estado, sendo defendido que a nação existia anteriormente à coroa, ao clero e que por isso, a nação era soberana, supraordenando a nação à existência formal de Estado e superando a noção do poder divino dos reis. Para Rousseau, a nação – no sentido de povo – também era anterior à existência da sua organização enquanto Estado, com a diferença de que Rousseau não propunha o rompimento, mas uma reorganização por meio de um novo pacto que colocasse a vontade geral como detentora da soberania, porém, tanto Rousseau quanto os revolucionários concordavam com a autonomia da nação em determinar a sua forma, motivo pelo qual Sieyès escreveu que “seja lá o modo que uma nação queira, basta que ela queira” (SIEYÉS, 2002, p. 55) e Rousseau também defendia que a vontade geral – que é a soma das vontades dos contratantes – podia definir a forma que quisesse, afirmando ainda que tanto a democracia quanto a monarquia eram formas de governos válidas desde que assim fossem escolhidas pela vontade geral (ROUSSEAU, 2007, pp. 72-73) e Schmitt encontra aqui elementos para a compreensão do Estado-Nação a que se propõe, pois para ele, o povo não pode ficar subordinado a questões procedimentais ou às formas prescritas na tradição constitucionalista liberal, sendo o povo livre para escolher a forma que bem entender já que o povo, a nação, precede a existência do Estado, não ficando a nação presa a forma alguma de Estado (SCHIMITT, 1928, p. 79).

Porém, não é nas noções de poder constituinte, poder constituído e existência prévia da nação ao Estado que encontramos a influência que Schmitt teve sobre Jakobs, mas sim na leitura do primeiro sobre a vontade geral e como essa funcionaria dentro da “democracia” de Schmitt. Como já vimos, a vontade geral é o elemento de toda a obra de Rousseau que mais causa divisões, gerando discussões sobre um potencial caráter totalitário em Rousseau e sobre o papel que a vontade geral possui na teoria como “conformadora” das individualidades, sendo por muitos autores apontado como uma forma autoritária de controle social. Schmitt, assim como Arendt, enxerga na vontade geral uma substituição para o direito divino dos reis. Isto é, assim como o fundamento para o poder real era absoluto devido ao fato de ter sido a própria divindade que concedeu esse poder, a vontade geral assim também seria um fundamento absoluto, pois a vontade geral seria a vontade do povo e o povo preexiste ao Estado. A lógica para entender a vontade geral como absoluta se assemelha ao ditado popular que afirma que a “voz do povo é a voz de Deus”. Entretanto, ao contrário de Arendt, Schmitt não enxerga negativamente a substituição do fundamento absoluto do direito divino dos reis por um novo fundamento absoluto com a mesma função – no caso, esse novo fundamento

seria a vontade geral ou a vontade do povo – mas sim enxerga com entusiasmo tal fundamento absoluto (NEVES, 2017, p. 85).

Apesar de não ser um contratualista e rejeitar a noção de um pacto estabelecendo a unidade política, Schmitt encontra na vontade geral um elemento importante no estabelecimento da unidade política:

Nação e povo são geralmente tratados como conceitos equivalentes. Porém, a palavra nação é mais clara e menos sujeita a mal-entendidos. Ela denota, particularmente, o povo como unidade capaz de ação política, com a consciência de sua distinção política e com a vontade de existir politicamente, enquanto o povo que não existe enquanto nação é de certo modo, apenas alguma coisa que está etnicamente ou culturalmente indissociável, mas não é necessariamente uma ligação de homens que existe politicamente (SCHMITT, 1928, pp. 78-79).

A nação, segundo Schmitt, é detentora de uma vontade política e é capaz de se gerir politicamente. Essa noção de vontade da nação se assemelha em muito à noção da vontade geral de Rousseau e à autodeterminação que os revolucionários franceses defendiam. Porém, quando a vontade geral se encontra com a noção de princípio da identidade, a visão dos dois se diferencia e gera reflexos que atingem Jakobs.

Schmitt enxerga que a igualdade é fundamental para a democracia, sendo todos os membros iguais (SCHMITT, 1928, p. 277). Rousseau também enxerga que dentro da sociedade estabelecida pelo contrato social, todos os membros são iguais perante a lei – e isso gera grande diferença em comparação a Schmitt – e por isso Schmitt escreve:

Na teoria rousseauiana do “Contrato Social”, o verdadeiro fundamento do Estado está em uma equivalência total. O que o povo quer é simplesmente bom porque eles o querem. Portanto, todos querem a mesma coisa. Na realidade, ninguém é derrotado em uma votação. E quando alguém perde, ele está apenas enganado sobre sua verdadeira e melhor intenção. Essa vontade comum não se sujeita à maioria transitória, pois a vontade da maioria, até a vontade de todos, pode também ser corrupta e não mais levar à vontade geral. Ninguém quer se sujeitar à vontade da maioria porque é a maioria, mas, ao contrário, porque a similaridade substantiva do povo é tão considerável que todos almejam a mesma coisa baseados em uma substância comum. Consequentemente, o Estado baseia-se na homogeneidade e autoidentidade do povo e não no contrato. Essa é a mais forte e mais logicamente consistente expressão do pensamento democrático (SCHMITT, 1928, pp. 229-230).

Schmitt enxerga em Rousseau um fundamento absoluto que prescreve a equivalência total. Observem que a igualdade ou a equivalência aqui não se refere apenas à igualdade perante a lei, tendo em vista que para ele o Estado baseia-se na homogeneidade e

autoidentidade do povo. O que Schmitt quer afirmar com homogeneidade e autoidentidade? Há corrente que afirma que a homogeneidade e a autoidentidade defendida por Schmitt não se trata apenas de unidade política, mas também de unidade material, isto é, deve haver no Estado a homogeneidade moral, ética, étnica e histórica (MODERNO, 2015, pp. 221-223). Essa leitura é especialmente adotada por aqueles que enxergam em Schmitt um teórico do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães — que também enxergam no conceito do político e no agrupamento amigo-inimigo a ferramenta para perseguição das minorias na Alemanha nazista. Porém, essa leitura não é a única sobre Schmitt e nem cabe, nesse momento da dissertação, analisar a questão sobre o grau de participação e afiliação de Schmitt com o regime do Terceiro Reich. O ponto central nesse momento é examinar a leitura que Schmitt faz da obra de Rousseau.

A vontade geral, e a homogeneidade que essa pode gerar, é vista com bons olhos por Schmitt, pois é um fundamento para a unidade política. Na interpretação de Schmitt, a vontade geral faria com que nenhum cidadão estivesse errado e que aqueles que se opusessem à maioria estivessem apenas temporariamente enganados. Por isso a questão da homogeneidade do povo é tão importante, pois as próximas similaridades do povo — etnicamente e eticamente — permitiriam a unidade política e o pleno funcionamento da “democracia” para Schmitt. A democracia nesse contexto não seria pautada na pluralidade de opiniões, origens e valores, mas sim na homogeneidade. Há um princípio conformador na leitura que Schmitt faz de Rousseau, no qual é na assunção da igualdade que se pode ter unidade política, o que Schmitt acredita ser democracia. Logo, a democracia e o funcionamento do Estado não seriam o resultado da convergência de múltiplas e distintas correntes, mas sim da adoção dos valores majoritários que serão transmitidos ao restante. É a noção identitária que antecede a constituição e o próprio Estado, as origens e valores em comum, que servem como o verdadeiro fundamento e esse é o motivo pelo qual Schmitt valoriza a tese Rousseauiana e dos revolucionários franceses.

Vale ressaltar que para Schmitt, o Estado não surge fundado de uma associação livre criada no consentimento, mas sim na oposição a um inimigo. Apesar dessa diferença de conceito de Estado, Schmitt é defensor da equivalência total que acredita ser característica da vontade geral de Rousseau. É curioso o fato de que Jakobs enxerga a sociedade e o Estado sob a ótica contratualista, mas sua teoria e sua leitura da lei e da utilidade dessas se assemelha muito à noção de uma oposição a um inimigo, o que corrobora para a tese de que Jakobs sofreu influência da leitura que Schmitt faz dos contratualistas. Isso explica a incapacidade de

Jakobs enxergar a questão da reciprocidade no contratualismo de Rousseau, pois Schmitt também falha em perceber que a generalidade da vontade geral de Rousseau advém da reciprocidade que é “cultivada” a partir da lei e dos aspectos educacionais que circundam a formação do contrato (NEVES, 2017, p.87).

Outro ponto é que Rousseau não exige identidade comum do povo – dos contratantes – mas sim um legislador capaz de detectar e entender os valores plurais dos participantes. Existem muitas provas da visão de Rousseau de uma sociedade que dispensa a identidade étnica e histórica do povo⁵. Inicialmente, Rousseau era genebrino vivendo na sociedade parisiense, vindo de uma origem protestante e vivendo em uma sociedade de origem católica. A Constituição Jacobina que em muito recebeu inspiração de Rousseau também demonstra essa oposição à unidade por origens étnicas e históricas em comum ao garantir direitos políticos a “qualquer estrangeiro de vinte e um anos que, domiciliado na França por um ano, viva de seu trabalho, ou adquira um imóvel, ou se case com uma francesa, ou adote uma criança, ou cuide de um idoso” (NEVES, 2017, p. 88). O próprio Código Napoleônico — referência até hoje para os países que adotam o sistema da Civil Law — garantia direitos de igualdade entre nacionais e estrangeiros, incluindo a facilitação de aquisição de nacionalidade para os advindos das colônias francesas – ressaltando que o próprio Napoleão Bonaparte não era da França continental, mas sim da Ilha de Córsega – sendo o Código Napoleônico fortemente influenciado pelo pensamento de Rousseau e também sendo uma balança que buscava equilibrar as visões dos revolucionários franceses (SOUZA, 2017, p. 16).

Mais uma notável influência de Rousseau sobre os revolucionários foi um decreto de 1790 que abolia regulamentos especiais para estrangeiros e conclamava a França a “abrir seu peito a todos os povos da Terra, convidando-os a desfrutar, sob um governo livre, dos direitos sagrados e invioláveis da humanidade”. A definição de Schmitt de que o povo surge em oposição a outro, seguindo o agrupamento amigo-inimigo, não condiz em nada com a obra de Rousseau e nem mesmo com a influência deste em aspectos de composição da sociedade. Apesar das leituras autoritárias e totalitárias que em grande parte se dão pelo período jacobino — não há na vontade geral um estabelecimento de oposição a outro e na visão de Rousseau

⁵ Nas *Considerações Sobre o Governo da Polônia e Sua Reforma Projetada*, Rousseau atende aos pedidos dos representantes da Polônia e escreve uma espécie de parecer sobre como o Estado polonês deveria se formar, incluindo direitos equivalentes a imigrantes e criando impedimentos ao tratamento diferenciado baseado em questões étnicas ou coloniais.

sobre a utilidade das penas — não pode haver a utilização do conceito de uma oposição que justifique a utilização específica e direcionada, como já trabalhado. Rousseau é explícito em afirmar que uma lei não pode nunca ser direcionada a um particular ou a um indivíduo específico (NEVES, 2017, p. 87). A interpretação da política e conseqüentemente de tudo que deriva desta, sob a ótica amigo/inimigo não encontra guarida no pensamento de Rousseau e isso explicita a leitura de Jakobs com uma aproximação maior a Schmitt do que a Rousseau. Portanto, o terceiro e último capítulo será pautado em destrinchar o direito penal do inimigo, suas ligações com o conceito do político e o agrupamento amigo-inimigo, assim como dissertar sobre as conseqüências da aplicação do Direito Penal do Inimigo e sua potencial utilização para o estabelecimento do autoritarismo e da perseguição, especialmente quando utilizada como ferramenta política.

CAPÍTULO 3

AS INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO POLÍTICO DO SÉCULO XX AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

3.1 – Jakobs e o inimigo.

Como já analisado, o Direito Penal do Inimigo foi desenvolvido de forma a combater o delinquente que se acredita ser uma ameaça ao ordenamento jurídico. Existindo a lei penal para proteger a própria lei e não bens, torna-se necessário o desenvolvimento de um inimigo, a criação da figura que quer romper com o ordenamento jurídico. Mas em que contexto surgiu o Direito Penal do Inimigo e com qual objetivo? O Direito Penal do Inimigo surge no contexto do crescimento do terrorismo e de organizações terroristas na Europa e nos Estados Unidos da América. A partir desse contexto e como forma de resposta, o punitivismo tomou uma nova forma, a forma do Direito Penal do Inimigo. Na lógica do Direito Penal do Inimigo é dever do Estado não tratar o inimigo como pessoa de direito e nem mesmo de enxergá-lo como pessoa, mas sim como um ente perigoso (ZAFFARONI, 2007, p. 18). Sendo assim, o Direito Penal do Inimigo se sustenta a partir do tratamento diferenciado, da aplicação de certas leis a apenas alguns, de certos direitos a apenas outros, criando um estado de exceção permanente no qual o inimigo pode ser julgado como exceção à lei a todo momento. Como vimos nos dois primeiros capítulos, Jakobs justifica no contratualismo e especialmente em Rousseau a possibilidade de destruição do inimigo, mas como foi demonstrado, a possibilidade de tratamento diferenciado perante a lei é impossível no pensamento Rousseauiano e isso se torna ainda mais evidente quando estudamos que a utilidade das penas em Rousseau não é retributiva, pois esse não acredita que a coação pode gerar o respeito às leis, sendo esse respeito às leis um ponto chave para o funcionamento da vontade geral como substituta do poder soberano.

Está na oposição entre eles a sustentação jusfilosófica do Direito Penal do Inimigo. É tornando permanente o que era exceção que se encontra a existência do Direito Penal do

Inimigo; e trabalhando os conceitos do Direito Penal do Inimigo e do direito de exceção pode-se esclarecer os graves danos às liberdades e garantias individuais que essa teoria pode trazer. Os defensores do punitivismo e do Direito Penal do Inimigo costumam acusar os que defendem o mínimo de direitos e garantias como “defensores de bandido” ou como os responsáveis pelo aumento dos índices de criminalidade. Porém, não escrevo o presente capítulo como um garantista – até por não me considerar um garantista – mas sim com o objetivo de demonstrar os perigos do Direito Penal do Inimigo e como esse pode ser usado para legitimar, inserir ou auxiliar regimes totalitários e perseguições contra todos e não apenas aqueles que são considerados inimigos, pois aplicando o Direito Penal do Inimigo, o cidadão que merece direitos hoje pode facilmente se tornar o inimigo amanhã.

Para isso se torna fundamental entender o processo que ocorre para a definição de quem é inimigo e de quem não é inimigo, o que leva inevitavelmente a entender o já mencionado conceito do político e do agrupamento amigo-inimigo. Schmitt escreve que:

Assumamos que, no âmbito do moral, as diferenciações últimas são bom e mau, no estético, belo e feio; no econômico, útil e nocivo ou, por exemplo, rentável e não rentável. A questão é, então, se também há uma diferenciação particular, certamente não semelhante nem análoga àquelas outras diferenciações, mas, no entanto, uma diferenciação independente em relação a elas, autônoma e, enquanto tal, elucidativa sem mais enquanto critério simples do político, e em que é que ela consiste. A diferenciação especificamente política, à qual se podem reconduzir as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo. (...) A diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o mais extremo grau de intensidade de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode existir em teoria e na prática sem que, ao mesmo tempo, tenham de ser aplicadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras. O inimigo político não precisa de ser moralmente mau, não precisa de ser esteticamente feio; não tem de surgir como concorrente econômico e até talvez possa parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é, precisamente, o outro, o estrangeiro, e é suficiente, para a sua essência, que ele seja existencialmente, num sentido particularmente intensivo, algo outro e estrangeiro, de tal modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele que não possam ser decididos nem por uma normatização geral, que possa ser encontrada previamente, nem pela sentença de um terceiro “não participante” e, portanto “apartidário” (SCHMITT, 2018, pp. 50-52).

Apesar de extensa, a citação acima é fundamental, já que demonstra dois pontos de extrema relevância para o debate, isto é, a definição de inimigo e a possibilidade da exceção como forma de resolver o conflito com o inimigo. Iniciando pela definição de inimigo, torna-se claro que Schmitt afirma que o inimigo não é necessariamente mau, mas sim é aquele que se opõe. Sendo assim, um povo e uma nação surgem em oposição a outro povo e outra nação, pois essa outra nação representa o contrário, o valor oposto – por isso para Schmitt a existência do Estado pressupõe a existência do conceito do político – da mesma forma, o

inimigo na política, na sociedade, na economia e em todas as outras áreas surgem dessa lógica de oposição. Esse é um conceito claramente adotado por Schmitt tendo em vista que o inimigo para ele é aquele que se opõe ao seu valor e àquilo que ele acredita ser fundamental. Para Jakobs, o Estado surge de forma a fornecer a segurança, e o objetivo do ordenamento jurídico e das leis não é de proteger bens, mas de proteger o próprio ordenamento jurídico, sendo esse o conhecido funcionalismo sistêmico de Jakobs (NIKITENKO, 2006, p. 127). Jakobs é bem expresso quanto a isso, escrevendo que: “a função da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para a relação social. O conteúdo da pena é uma contradição da negação da autoridade da norma, à custa do infrator da mesma” (JAKOBS, 2018, p. 31). Se o Direito Penal do Inimigo, desenvolvido por Jakobs, entende o ordenamento jurídico como o valor, seguindo a lógica do conceito do político, o oposto ao Direito Penal do Inimigo seria aquele que o ameaça, o delinquente que na visão de Jakobs se coloca como a ameaça ao ordenamento jurídico. É perceptível a influência de Schmitt em Jakobs, pois é na oposição ao outro e ao que o outro representa que a dicotomia de amigo-inimigo surge e esse processo é repetido na definição de Jakobs do inimigo e também explicita ainda mais quão distante dos contratualistas – em especial de Rousseau – a Teoria do Direito Penal do Inimigo está. Jakobs define os inimigos como terroristas, chefes de organizações criminosas e outros criminosos cujas atividades se oponham ao poder estatal e à autoridade deste (JAKOBS, 2018, pp. 31-34). A manifestação do inimigo nas correntes punitivistas atuais é sem dúvidas derivada de Schmitt que vê o inimigo como o outro, como o estrangeiro, não o estrangeiro no sentido de nacionalidade estrangeira, mas no sentido de estranho, tendo em vista que no original Schmitt usa a palavra *Fremde* que representa a noção daquele que é estranho.

A teoria do Direito Penal do Inimigo se baseia em uma pretensa racionalização para justificar um tratamento penal que remete aos tempos do absolutismo e que ao afirmar que um indivíduo não merece o tratamento estendido a todos os outros pelo fato desse ser perigoso, o que se está afirmando é que ele não merece as garantias individuais prescritas para os seres humanos nas cartas internacionais de direitos humanos. Dessa forma, por meio da racionalização se nega a condição de humano e os direitos que são devidos pelo simples fato de ser humano. Zaffaroni ao comentar o punitivismo e o resgate da figura do inimigo escreve que:

Quando se pergunta a respeito desta essência, fica inegável que, conforme a doutrina que mais se aprofundou no tema e que tratou de forma mais desabrida – ou seja, sem dissimular a questão nem fugir do problema – o conceito, tem origem no direito romano; e o autor que trabalhou o tema com maior coerência na teoria política foi Carl Schmitt, que por sua vez, não fez mais do que resgatar e precisar o conceito

tradicional proveniente do direito romano. Para este teórico do Estado absoluto, o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro, e basta, em sua essência, que seja existencialmente, em um sentido particularmente intensivo, de alguma forma outro ou estrangeiro, de modo que no caso extremo seja possível ocorrer com ele conflitos que não podem ser decididos nem através de um sistema de normas pré-estabelecidas nem mediante a intervenção de um tertius descomprometido e, por isso, imparcial (ZAFFARONI, 2018, p. 21).

Zaffaroni identifica corretamente como para o funcionamento da lógica punitivista é necessária uma oposição que só pode ser resolvida de forma excepcional, tornando imprescindível o estado de exceção. Esse é um ponto fundamental em todas as teorias punitivistas e em especial no Direito Penal do Inimigo, pois é a normalização da exceção que se busca de forma a poder se exceder ao estado de direito para perseguir e destruir o inimigo; aquele que se opõe ao valor caro para o detentor do poder político. Já foi tratada de forma direta a questão do caráter de exceção do Direito Penal do Inimigo, afinal o que é tratar o inimigo como inimigo e não como cidadão? É justamente tratá-lo fora do ordenamento jurídico, como uma exceção. Como o próprio Jakobs escreve, o Estado pode lidar com os criminosos de duas formas distintas a depender se é o delinquente “comum” ou o delinquente “inimigo”. Mas, de forma a ter um caráter de exceção permanente para punir o inimigo como uma exceção é necessário um estado de guerra permanente. Jakobs é defensor da guerra contida:

De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios, a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc . – deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do Inimigo, guerra contida (JAKOBS, 2018, p. 36).

A guerra contida, a situação de conflito interno, é indispensável para a manutenção do Direito Penal do Inimigo como política estatal. Não apenas como forma de permissão à utilização do estado de exceção, mas também como forma de propaganda para a sociedade da necessidade de se utilizar do punitivismo. A partir da propagação de que há uma guerra interna, uma guerra contida, consegue-se justificar o punitivismo, sendo assim, as expressões como “guerra ao terror”, “guerra às drogas” e outras expressões nesse sentido possuem essa função de propaganda para justificar o abuso do poder e desrespeito ao direito de estado. Claro que para a maioria da população não há um sentimento contrário ao uso do punitivismo, muito mais pela falta da noção de que a utilização do punitivismo é pautada por relações

políticas e não por uma real necessidade para o combate ao crime. Schmitt certamente inspirou Jakobs em relação à guerra contra o inimigo, mesmo não sendo citado diretamente por Jakobs:

Os conceitos de amigo, inimigo e combate adquirem o seu real sentido ao terem e manterem referência, em particular, à possibilidade real da morte física. A guerra resulta da inimizade, pois esta é negação conforme ao ser de um outro ser. A guerra é apenas a mais extrema realização da inimizade. Ela não precisa de ser nada cotidiano, nada normal, nem de ser sentida como algo ideal ou desejável, mas tem de permanecer presente como possibilidade real enquanto o conceito de inimigo tiver sentido. As coisas não se passam, de maneira nenhuma como se a existência política nada fosse senão guerra sangrenta e como se cada ação política nada fosse senão uma ação militar de combate, como se, de forma ininterrupta, cada povo, face a qualquer outro, fosse continuamente colocado diante da alternativa amigo ou inimigo, e como se aquilo que é correto politicamente não se pudesse encontrar precisamente em evitar a guerra (SCHMITT, 2018, pp. 67-68).

A política é para Schmitt uma relação permanente de oposição e deve haver sempre a possibilidade da guerra, da destruição do inimigo. Sendo assim, ainda que não sentida ou não explícita, o que existe para Schmitt é a existência de uma guerra permanente que se assemelha à guerra contida de Jakobs. As similaridades entre Jakobs e Schmitt são inúmeras e a questão da guerra permanente é fundamental para os dois, mas ainda mais importante para Jakobs, tendo em vista que toda a sua teoria volta na figura do inimigo.

O grande problema da teoria de Jakobs é que como o inimigo decorre da situação política, o inimigo pode ser qualquer um de acordo com o detentor do poder político e por isso potencialmente destruído. Jakobs utiliza os terroristas como os inimigos de sua teoria, mas sempre que se admite a presença do inimigo se admite a possibilidade da criação de um inimigo para perseguição estritamente política e para a consolidação de um poder absoluto. A Alemanha nazista que escolheu os “subumanos” – judeus, ciganos, homossexuais e tantas outras minorias – como o inimigo, a Itália fascista que escolheu os inimigos do Estado – aqueles que se opunham ao totalitarismo do fascismo – e os soviéticos que escolheram os parasitas como o inimigo (ZAFFARONI, 2018, p. 54).

Da mesma forma, hoje o inimigo pode ser membro de uma organização criminosa ou de uma organização terrorista, mas enquanto houver a aceitação da teoria punitivista do Direito Penal do Inimigo haverá a possibilidade do inimigo ser um partidário da oposição ao detentor do poder político ou de uma minoria religiosa, étnica ou cultural. Mas não é o momento da dissertação para entrar nas consequências práticas do Direito Penal do Inimigo, mas sim o momento de demonstrar a teoria dessa nefasta corrente punitivista.

Há uma diferenciação básica entre a visão do “inimigo” no século XX e a corrente contemporânea de punitivismo baseado na sistematização do inimigo e, portanto, é necessário explicar a razão principal dessa diferença. A visão da política e da estruturação do estado e da sociedade sobre o agrupamento amigo-inimigo não foi um fato novo inserido na filosofia política ou na teoria de estado apenas no século XX, mas data de tempos da antiguidade clássica. O conceito de inimigo utilizado por Schmitt é inspirado no conceito de *hostis* da política romana. *Hostis*, assim como o inimigo em Schmitt, não é o inimigo pessoal, aquele que se odeia, mas sim o opositor, o indivíduo ou o grupo que se opõe na vida pública a um grupo (SCHMITT, 2018, pp. 56-57). Na teoria do Direito Penal do Inimigo, o inimigo também não é o *inimicus*, mas sim o *hostis judicatus*, aqueles que são considerados inimigos dos detentores do poder. Em Roma, o inimigo podia ser relegado à condição de escravo para que assim pudessem ser aplicadas leis que eram vedadas para os cidadãos. Da mesma forma, o Direito Penal do Inimigo e o punitivismo moderno encabeçado por Jakobs prega abertamente que se apliquem leis aos inimigos não considerando esses cidadãos, mas sim inimigos. É inegável que a natureza do poder punitivo tanto na teoria política quanto na teoria jurídico-penal permaneceu a mesma, baseando-se na relegação do inimigo a uma condição inferior para que dessa forma possa ser justificado todo e qualquer tratamento contra o inimigo (ZAFFARONI, 2018, pp. 24-25). Essa similaridade salta ainda mais aos olhos com as palavras escritas de Jakobs:

Voltando novamente à questão proposta no início: pode-se conduzir uma guerra contra o terror com os meios de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito? Um Estado de Direito que abarque tudo não poderia conduzir essa guerra, pois teria que tratar seus inimigos como pessoas, e, correspondentemente, não poderia tratá-los como fontes de perigo. Na prática, as coisas são diferentes no Estado de Direito ótimo, e isso lhe dá a possibilidade de não ser atingido por ataques de seus inimigos (JAKOBS, 2018, p. 54).

O “Estado de Direito ótimo” é nada mais do que um estado de exceção, mas que se diferencia do conceito clássico de *hostis* devido ao fato de limitar a um grupo específico quem é o *hostis*, pois limita aos grupos terroristas a condição de não ser tratado como humano/cidadão, mas sim como inimigos a serem destruídos. É de qualquer forma no estado de exceção que Jakobs e sua teoria encontram guarida e é de extremo perigo a normalização de um estado de exceção permanente em nome da “segurança” e “salvaguarda do ordenamento jurídico”, apesar da defesa de Jakobs que afirma que “Um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito,

que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo” (JAKOBS, 2018, p. 47). Logo, a defesa de Jakobs é de que é melhor ter um estado de exceção contido e permanente do que ter leis esparsas que se utilizem do conceito do Direito Penal do Inimigo. Esse ponto de Jakobs não é de forma alguma descartável, pois encontra razão ao afirmar o perigo de haver uma lei fragmentada entre o garantismo e o punitivismo – algo muito presente no ordenamento jurídico brasileiro – mas não é justificativa para a criação de uma diferenciação legal entre cidadãos e não cidadãos, entre humanos e não humanos.

Outro ponto inegável e problemático é o fato da inserção do elemento de guerra interna dentro do Estado. Como já mencionado, Jakobs afirma que o Direito Penal do Inimigo baseia-se na guerra contida, assim como para Schmitt a possibilidade de guerra física é necessária – e como mencionado nos dois primeiros capítulos, a guerra interna é conceito estranho ao pensamento rousseauiano – e sempre que há a possibilidade de guerra interna há também a possibilidade do autoritarismo e do absolutismo, pois se a guerra interna é definida por elementos de periculosidade deverá haver a definição dos critérios de periculosidade e essa definição será necessariamente discricionária do detentor do poder individual. Logo, ao conceder o direito de definir o inimigo se dá também o poder ilimitado de fazer guerra interna contra os inimigos, podendo ser esses inimigos os opositores políticos do detentor do poder e pavimentando assim o caminho para o absolutismo e o autoritarismo. Schmitt trabalha a definição do inimigo a partir do conceito do agrupamento amigo-inimigo e sua contribuição é esclarecedora para entendermos a influência do agrupamento amigo-inimigo sobre o Direito Penal do Inimigo.

Para Schmitt, é na guerra que se encontra o extremo da manifestação do conceito do político e do agrupamento amigo-inimigo, pois a guerra representa o grau máximo possível de oposição entre dois grupos. A manifestação do elemento político, no qual todas as guerras derivam do aspecto político, e outros elementos morais apenas compõem o pano de fundo para o verdadeiro sentido do conflito que é sempre político. Schmitt escreve:

A guerra, enquanto mais extremo meio político, manifesta a possibilidade desta diferenciação entre amigo e inimigo, que se encontra subjacente a toda a representação política, e, por isso, só tem sentido enquanto esta diferenciação na humanidade estiver realmente presente ou for, pelo menos, realmente possível. Ao invés, uma guerra feita a partir de motivos “puramente” religiosos, “puramente” morais, “puramente” jurídicos ou “puramente” econômicos seria absurda. Não se pode derivar o agrupamento amigo-inimigo e, por isso, também uma guerra, das contraposições específicas destes âmbitos da vida humana. Uma guerra não precisa de ser nem algo piedoso, nem algo moralmente bom, nem algo rentável;

provavelmente, ela não é hoje nada destas coisas. Este reconhecimento simples é, na maior parte das vezes, confundido por contraposições religiosas, morais e outras se poderem incrementar como contraposições políticas e introduzirem o agrupamento de combate decisivo segundo o amigo ou o inimigo (SCHMITT, 2018, pp. 67-68).

A guerra na visão do conceito do político é sempre detentora do elemento político, sendo assim, na visão do conceito do político as cruzadas não eram uma guerra santa e religiosa, mas sim uma guerra política com elemento religioso, não podendo existir nessa visão a guerra puramente religiosa e desassociada do elemento político. Da mesma forma, para Schmitt não pode haver uma guerra simplesmente jurídica, logo não há na visão de Schmitt e na análise do conceito do político a possibilidade de uma guerra às drogas ou ao terrorismo por motivos estritamente jurídicos, existindo também a questão política inclusa. A admissão do inimigo como base para teoria jurídico-política e conseqüentemente a adoção do Direito Penal do Inimigo é admitir a possibilidade de tratar pessoas como não pessoas por elementos além do elemento legal e jurídico como os defensores dessa teoria afirmam, mas sim como uma teoria que essencialmente é política com elementos jurídicos e isso se mostra pela própria base jusfilosófica do Direito Penal do Inimigo e não a que Jakobs afirma ser, mas sim a real base filosófica que é o conceito político de Schmitt e não o contratualismo de Rousseau.

Porém, quando ocorreu a grande virada para o Direito Penal do Inimigo? Certamente o punitivismo sempre foi presente em teoria política e teoria penal, mas a atual roupagem do punitivismo surgiu principalmente após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. As táticas de guerra externa passaram a ser aplicadas dentro do território estadunidense. Essa situação de guerra contra o inimigo que pode ser realizada interna ou externamente é citada por Jakobs:

Aquele Estado em cujo território se cometeram aqueles atos tenta, com a ajuda de outros Estados, em cujos territórios até o momento – e só até o momento – não tem ocorrido nada comparável, destruir as fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, matá-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral. A ambígua posição dos prisioneiros – delinquentes? Prisioneiros de guerra? – mostra que se trata de persecução de delitos mediante a guerra (JAKOBS, 2018, p.39).

O bombardeio de cidades estrangeiras com a assunção do risco de atingir inocentes é tática que demonstra que a guerra ao terror é uma persecução dos delitos mediante a guerra, assim como a guerra às drogas com subida aos morros e a assunção do risco de atingir

inocentes é também uma persecução dos delinquentes mediante a guerra assumindo a tática de aceitar baixas civis para conseguir destruir os inimigos. A guerra é intrínseca ao Direito Penal do Inimigo e não pode haver um inimigo sem a completa autonomia do poder para perseguir e destruir o inimigo. Schmitt admirava a visão de soberania em Rousseau devido ao fato de que o soberano em Rousseau não tem limites a sua autoridade – relembrando que, em Rousseau, a soberania pertence à vontade geral e é manifestação do próprio povo – e essa ausência de limites é fundamental para o funcionamento do Estado a partir do agrupamento amigo-inimigo, pois o limite na persecução ao inimigo geraria o direito à resistência contra o soberano caso esse se excedesse. Em um Estado que considera inimigos não pode haver a mínima possibilidade de conceder direito de resistência a eles e por isso o autoritarismo é íntimo da teoria punitivista que persegue inimigos. Zaffaroni comenta sobre Schmitt que:

A partir dessa premissa, a disjuntiva é clara: para o liberalismo só há infratores ou delinquentes (iguais); para o absolutismo não há apenas infratores ou delinquentes (iguais), mas também – e sobretudo – inimigos em guerra (estranhos). A função da política liberal seria garantir a paz entre os cidadãos (todos iguais), sancionando os infratores segundo a gravidade da infração; a função da política absolutista seria também garantir a paz entre os cidadãos (iguais). Porém isso não seria suficiente, porque, com a guerra, também seria preciso neutralizar os inimigos (estranhos), e a sanção aos infratores passaria a ser uma questão menor. Sem a neutralização dos inimigos (estranhos) com a guerra, não poderia haver paz entre os cidadãos (iguais): se o Estado perdesse a guerra não poderia garantir sua paz interna, e o Estado nesta concepção sempre tem inimigos (estranhos) que lhe movem a guerra e contra os quais não existe outra alternativa senão responder-lhes com a guerra. Para Schmitt, na guerra frente ao inimigo não existe nenhum limite imposto pela, porque esta não tem inimigos. (...) Daí que Schmitt afirma que toda invocação da humanidade seja falsa e suspeita de manipulação, porque qualquer limite ao poder do soberano frente ao inimigo acaba com o próprio conceito de inimigo, debilita o Estado e lhe impede de garantir a paz entre os cidadãos (SCHMITT, 2018, p. 138).

O punitivismo que admite a figura do inimigo, independentemente da forma que assume — seja a moderna roupagem de Jakobs ou a do século XX de Schmitt —, indiscutivelmente é contrário aos limites impostos ao poder soberano que é premissa básica e indispensável do constitucionalismo e do contratualismo. Sendo assim, a existência do político exige a existência do inimigo e conseqüentemente a existência do inimigo exige a possibilidade da guerra e conseqüentemente a impossibilidade de limitação do poder do soberano em destruir o inimigo, motivo pelo qual a guerra sempre deve ser contra o inimigo e por isso sempre por motivos políticos e nunca por motivos puramente jurídicos o que indica por si só que o Direito Penal do Inimigo que prega abertamente a guerra contida contra o inimigo é uma fraude, pois não há na lógica adotada pelo próprio Direito Penal do Inimigo, e

herdada da tradição teórica de Schmitt, a possibilidade de uma guerra puramente jurídica. Schmitt é explícito nisso ao escrever que:

Exigir dos homens, seriamente, que eles matem homens e estejam preparados para morrer para que o comércio e a indústria dos sobreviventes floresçam ou a capacidade de consumo dos netos prospere é cruel e louco. (...) Nem com normas éticas e jurídicas se pode fundamentar uma guerra. Se houver realmente inimigos, num significado que seja conforme ao ser, tal como aqui se quer dizer, então faz sentido, mas apenas faz sentido politicamente, repeli-los fisicamente em caso de necessidade e combater com eles. (...) Requerer de um povo politicamente uno que só faça guerra a partir de um fundamento justo ou é algo inteiramente óbvio, se isso quiser dizer que só se deve fazer guerra contra um inimigo real; ou esconde-se atrás disso o propósito político de depositar em outras mãos a disposição sobre o *jus belli* (SCHMITT, 2018, p. 90).

Sendo assim, podemos ver que há diferenças entre Schmitt e Jakobs apesar da clara influência do primeiro sobre o segundo, pois para Jakobs é possível a guerra contida por motivo puramente jurídico, de forma a garantir a obediência à lei e a eliminar os inimigos do Estado que ameaçam o ordenamento jurídico e a segurança. Para Schmitt isso é impossível, pois toda a guerra, incluindo contra o inimigo, depende fundamentalmente do elemento político da escolha do inimigo e de oposição a esse. Logo, pela leitura das próprias influências de Jakobs pode-se concluir que o Direito Penal do Inimigo é uma teoria política travestida de teoria jurídica visando à segurança. Da mesma forma, todas as “guerras jurídicas” que se justificam pela garantia da segurança da sociedade e preservação do objetivo fim do Estado – que para Jakobs seria a manutenção da segurança – são nada além de guerras políticas por motivos políticos que contêm o elemento jurídico, mas não se dão estritamente por esses motivos derivados do elemento jurídico. Entram então os elementos eleitoreiros que se utilizam das guerras às drogas ou da guerra ao terror para criar um espantinho, um inimigo para que se justifiquem ações drásticas e dessas ações angariem votos e reeleições. Há também os elementos especulativos que acompanham as guerras aos inimigos e compõem aquilo que é chamado de Direito Penal do Inimigo. Zaffaroni resume perfeitamente o resultado do Direito Penal do Inimigo no mundo dos fatos, longe dos discursos demagógicos dos punitivistas:

Os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; aprimora-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido também é suja, porque os delinquentes não são cavalheiros; afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reeleger-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; (...) Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o velho ou o de entreguerras, se propaga a

partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente – só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é cool porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário (ZAFFARONI, 2018, p. 64).

A essência do Direito Penal do Inimigo é a mesma das correntes autoritárias e punitivistas que a precederam. A essência é política, assim como em Schmitt e assim como no período da Roma antiga. A criação de um inimigo é utilizada de forma a mobilizar um grupo em oposição a outro. A única real diferença entre a teoria de Jakobs e as que a precederam é que Jakobs esconde o elemento político por meio de racionalizações ao buscar nos contratualistas a missão do Estado e o dever desse fazer todo o possível para cumprir essa missão. No fundo, porém, o Direito Penal do Inimigo busca justificar um estado de exceção contido – mas ainda assim de exceção – e permanente que cria castas na sociedade e que pode posteriormente ser utilizado ao bel-prazer dos detentores do poder político. Em Jakobs é o sentido próprio do estado de exceção encontrado em Schmitt que se apresenta no Direito Penal do Inimigo, considerando o estado de exceção como uma escolha fundamental do soberano. Sendo assim, cabe ao soberano escolher também o inimigo ao qual se direcionam o estado de exceção e a coação legal do sistema penal para inimigos.

Porém, o Direito Penal do Inimigo não se limita apenas a questões teóricas e leituras de Rousseau e Schmitt, mas também tem efeitos práticos e danosos que se manifestam na realidade política, em especial na América Latina. Por isso, observaremos como o punitivismo – não apenas o de Jakobs – tornou-se parte estruturante da sociedade latino-americana e como os preceitos de Jakobs se manifestam na realidade, assim como se distinguem dos preceitos de Rousseau, em quem o próprio Jakobs afirma ter-se inspirado.

Dessa forma, torna-se imprescindível demonstrar exemplos da atuação do Direito Penal do Inimigo e a presença do estado de exceção permanente na realidade da sociedade e na esfera jurídica, especialmente no Brasil, de forma a demonstrar a materialização das discussões teóricas e até aonde se vai em nome da segurança e em detrimento às liberdades individuais e coletivas, encerrando também a possibilidade de comparação entre Jakobs e Rousseau, pois o último visava ao contrato social para manutenção da liberdade e não para a obtenção da segurança, fator que diferencia de forma clara a visão de Estado dos dois autores.

3.2 – Origens do inimigo e o elemento discriminatório.

Na ótica de Schmitt, o inimigo se define na relação de oposição do agrupamento amigo-inimigo. Logo, um povo surge em oposição a um inimigo a partir de uma decisão política. Esse é também o conceito dominante para a escolha do inimigo no punitivismo vigente no século XXI. Entretanto, uma análise mais aprofundada sobre os critérios de escolhas do inimigo ao longo da história do ocidente somada com a análise dos inimigos escolhidos no atual século – em especial no Brasil – pode levar à conclusão de que a escolha do inimigo no punitivismo atual não se baseia estritamente na oposição de agrupamento amigo-inimigo na lógica de Schmitt, mas sim nos enraizados preconceitos que fazem parte da tradição punitivista e transmitidos ao longo dos séculos. Sendo assim, neste subcapítulo haverá uma breve apresentação das tentativas de identificação do inimigo ao longo da história, assim como a demonstração da relação dessas tentativas com o cenário de perseguição a determinados grupos que podemos observar atualmente.

No período da idade média, o inimigo eram as forças do mal que eram opositoras em valores ao grupo dominante na Europa, nesse momento histórico, a legitimação para as cruzadas e para os movimentos inquisitoriais se davam em valores divinos supremos que configuravam uma verdadeira guerra santa. O mesmo se repetiu no período revolucionário francês no qual o inimigo era o explorador do povo, a nobreza e o alto clero, opositores em valores da revolução e por isso passíveis de se tornarem inimigos. Porém, o elemento que será analisado aqui não é o do inimigo assim identificado pelos valores que ele representa, mas sim pela sua própria identificação como pessoa. Um exemplo claro da identificação de indivíduos enquanto pessoas independentemente dos valores que defendem foi a perseguição às mulheres suspeitas de serem , que apenas por serem mulheres se tornavam passíveis da perseguição inquisitorial, passando por essa perseguição uma crença em uma inferioridade genética da mulher (ZAFFARONI, 2018, p. 86).

Essa perseguição pautada em questão biológica foi a tônica do punitivismo por séculos e ainda se manifesta. Tal qual as mulheres eram vistas como potenciais bruxas por razões biológicas, inúmeros grupos minoritários foram perseguidos e criminalizados por teorias pretensamente científicas que buscavam apontar a inferioridade genética desses grupos

resultando em um poder punitivo extremamente seletivo. Mulheres, luteranos, judeus, contrarrevolucionários, ciganos e inúmeros outros sofreram com a definição de delinquente nato, degenerado e tantos outros termos que serviam como legitimação para o poder punitivo seletivo. A perseguição a esses grupos se dava por razões de segurança e a defesa das teorias que apontavam os grupos perseguidos como inferiores também era feita pela premissa da necessidade de segurança preventiva, a necessidade de identificar e neutralizar antes da delinquência inata surgir.

A partir da segunda metade do século XIX até o período entreguerras no século XX ocorreu uma explosão de teorias e conceitos, pretensamente científicos, de busca da identificação ôntica dos inimigos, contendo todo o tipo de absurdo. Lombroso, um dos mais famosos nomes entre os que buscavam a identificação ôntica do inimigo chegou ao absurdo de teorizar que as mulheres eram degeneradas e inferiores devido à tendência para prostituição e à menor inteligência (LOMBROSO, FERRERO, 1903, p. 181). Os absurdos dessas correntes punitivistas iam ainda mais além, pois objetivavam identificar o inimigo baseado em características físicas capazes de demonstrar a “patologia da delinquência”. Logo, o objetivo nesse período histórico não era a identificação do inimigo por questões políticas de oposição, mas sim um elemento definido e exato, infalível, capaz de identificar imediatamente todos os inimigos – identificar os nãohumanos – para que assim pudesse ocorrer a perseguição penal irrestrita e ilimitada legitimada pela “ciência”. Nesse período se abandonou o elemento teológico típico das teocracias que legitimou o período inquisitório e também se abandonou o elemento da igualdade formal das revoluções liberais – elemento da igualdade formal introduzido por Rousseau no tocante às funções das penas – para a adoção de um cientificismo direcionado à neutralização dos “degenerados inferiores”.

O conhecimento foi colocado à disposição das lutas de poderes e como legitimador de discursos políticos. Baseando-se nessas teorias tornaram-se comuns a identificação do delinquente e a comparação dos delinquentes com grupos considerados inferiores. Lombroso chegou ao absurdo de escrever que o delinquente compartilhava semelhanças íntimas com o “mongoloide e o negroide” (LOMBROSO, 1884, pp. 248-295). A própria posterior existência do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal do Autor advém da tradição construída pela escola positivista de Lombroso, pois nessa escola criminológica, o que é perseguido não é o fato-crime, mas sim o autor do crime, pois se aquele que comete o crime é um ser anormal que age sem livre-arbítrio por predeterminação genética, logo não se pode perseguir o fato-crime, mas sim o autor. Individualiza-se assim a figura do inimigo, um inimigo determinado

não pela escolha política, mas sim pela sua identificação orgânica, encontra-se aqui o inimigo ôntico (ANITUA, 2008, p. 297). Logo, a origem do Direito Penal do Inimigo é em muito inspirada na Escola Positiva, pois essa insere a individualização da persecução penal ao autor devido ao fato de quem ele é e não do que ele faz:

A um direito penal do fato-crime se sobrepõe um direito penal do autor fundado na periculosidade, independente da relação de proporcionalidade entre a lesão do bem jurídico tutelado e a norma jurídica. A um modelo processual acusatório baseado na presunção de inocência e nas possibilidades fáticas de comprovação e refutação de hipóteses. Impõe-se um modelo inquisitorial de julgamento da personalidade do réu e suas “tendências”. A uma estrutura retributiva da pena, cominada com escopo de reprová-la a violação da norma, impõe-se a tarefa de influenciar e modificar o ser do “outro” (CARVALHO, 2008, pp. 59-60).

Vale ressaltar que Jakobs não defende a persecução penal do inimigo por característica genética intrínseca, mas sim pelo tipo de atividade criminosa praticada, ou seja, o inimigo em Jakobs é aquele cujo crime coloca em risco o ordenamento jurídico. Porém, a individualização do inimigo de Jakobs leva a estereotipação e a persecução penal de grupos que acabam se tornando associados a esses delitos. Logo, o Direito Penal do Inimigo traz consigo a difusão cultural e política – mesmo que não intencional, por parte de Jakobs – de grupos sociais inteiros, que passam a formar o estereótipo do delinquente nato aos olhos da sociedade⁶. Essa realidade se observa no discurso político, em especial no discurso político que aponta para a violência policial como solução única da criminalidade. Um ex-governador do Rio de Janeiro – hoje preso por inúmeros crimes de colarinho branco – em uma entrevista em 2007 demonstrou como a mentalidade da Escola Positiva é muito forte e presente no punitivismo moderno regido pelo Direito Penal do Inimigo. Esse ex-governador em questão afirmou que as mulheres em comunidades do Rio de Janeiro eram “fábricas de marginais”⁷.

No discurso desse político fica clara a influência da Escola Positiva e do punitivismo moderno – especialmente no Brasil – na não adoção apenas do elemento político e do agrupamento amigo-inimigo como definição do inimigo, mas também do velho racismo e preconceito da Escola Positiva – que enxerga em determinados grupos étnicos ou sociais

⁶ “Não intencional” devido ao fato de Jakobs ter desenvolvido o estado de exceção contido para evitar o abuso do estado de exceção. Sendo assim, Jakobs defendia que o Direito Penal do Inimigo limitaria o uso da exceção apenas aos inimigos, protegendo e preservando o Estado de Direito. Esse tema já foi desenvolvido em capítulos anteriores e continuará sendo desenvolvido na presente dissertação.

⁷ Cabral apoia aborto e diz que favela é fábrica de marginal. Folha de São Paulo., São Paulo, 25 de out de 2007. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2510200701.html> > Acesso em 03 de dez de 2019

uma inferioridade genética, uma predisposição ao crime. Não apenas isso, enxergam-se os grupos marginalizados da sociedade como alguém sem livre-arbítrio que necessariamente cairá na marginalidade, pois a vontade desses é irrelevante. Esse discurso de propensão ao crime legitima a atuação policial violenta e abusiva, assim como legitimava a atuação nos regimes autoritários do século XX que adotaram a figura do delinquente ontológico. O inimigo não é mais visto apenas como o inimigo político da sociedade, mas também como o inimigo natural da sociedade (GAROFALO, 2005, p. 7). Da mesma forma, no ordenamento jurídico nacional, o Direito Penal do Inimigo não atua somente por razões políticas, mas também por razões “naturais”. A população pobre e marginalizada entra no conceito de inimigo não apenas político, mas também o natural, devido à crença de que esses são propensos ao crime e que são “fábricas de marginais”. Garofalo afirmava que “mediante uma matança no campo de batalha, a nação se defende de seus inimigos externos; mediante uma execução capital, de seus inimigos internos”. O que vemos no Estado Brasileiro senão uma guerra contra os “inimigos internos”? Os inimigos não são apenas os criminosos graves que se opõem à própria ordem jurídica – como Jakobs define o inimigo – mas também os indesejáveis, aqueles vistos como desnecessários pelo poder político (ZAFFARONI, 2018, p. 94).

O Direito Penal do Inimigo de Jakobs legitima esse cenário, pois como já exposto, a figura da guerra contida – do estado de exceção limitado – é utópica e acaba gerando o autoritarismo e a normalização da violência como política de Estado primária. Importante esclarecer que a Escola Positiva possui grande força na Alemanha e entre teóricos de extrema importância para a tradição jusfilosófica daquele país e que Jakobs ainda que indiretamente acabou também influenciado por essa tradição. Até Von Lizst que se destacou por ser contra a natureza retributiva das penas – lembrando que Jakobs é defensor da retribuição das penas – afirmava que:

Os casos de enfermidade social que costumam ser designados sinteticamente pela denominação genérica de proletariado, mendigos e vagabundos, alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição, vigaristas e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam o exército dos inimigos por princípio da ordem social, em cujo estado-maior figura o delinquente-habitual (LIZST, 1984, p. 120).

Essa tradição punitivista transmitida de autor a autor influencia fortemente a atuação do ordenamento jurídico atualmente e há constantemente o surgimento de novos locutores de tais ideias no cenário político. A perseguição ao inimigo é política, mas nunca estritamente

política, pois há também o elemento geneticista que enxerga nos grupos marginalizados inferioridade e periculosidade. A figura do delinquente habitual possui extrema relevância também no estado nazista, gerando a lei nazista de 1933 tratando do assunto da delinquência habitual (LASCANO, 2004, p. 179). A antiga lei de criminalização da mendicância que vigorava no ordenamento jurídico nacional também demonstra a influência do punitivismo e da Escola Positiva de identificação ontológica do “delinquente nato” no Brasil. A criminalização da pobreza não é novidade do século XXI, apenas voltou a ser “moda”.

O inimigo não se manifesta apenas por ato de poder político, mas sim da sua própria existência, o saber e o conhecimento são colocados à disposição do poder político e o inimigo se revela por si próprio, por ser quem ele é. O inimigo logo é aquele marginalizado que vive nas periferias ou talvez alguém com conduta diversa da considerada a conduta de um “bom cidadão”. Logo, o elemento político e o biológico na escolha do inimigo se confundem e se alimentam, gerando uma arbitrariedade política ainda maior do que a da decisão política fundamental, pois o inimigo não é inimigo apenas por decisões políticas, mas sim pela “ciência”. A pena desproporcional ao ato cometido, ou seja, a pena retributiva que recai sobre o autor não devido ao ato criminoso, mas sim ao delinquente, se justifica devido à “delinquência habitual”. A pena ou a medida de segurança é aplicada ao inimigo não pela sua conduta culpável, mas pelo seu “ser culpável” (STOSS, 1913, p. 192). Vale ressaltar que no Estado nazista a perseguição aos judeus não se dava somente por uma suposta inferioridade genética, mas também sobre um mito da traição dos judeus à pátria alemã, sendo esse mito da traição dos judeus um estereótipo herdado de séculos de antissemitismo que se fortaleceu e adquiriu o aspecto político/étnico principalmente após o período da revolução francesa – anteriormente a perseguição aos judeus era predominantemente por questões religiosas – que gerou as já famosas consequências de um dos períodos mais sombrios da história humana.

O Direito Penal do Inimigo, mesmo que se baseie nas razões de segurança do Estado ou na decisão política fundamental de oposição a outro, surge a partir dessa manifestação de dois direitos distintos, um ao cidadão comum que é considerado igual e outro ao estranho, ao inimigo. Ao estrangeiro, pobre, marginalizado e outros tipos indesejados pela sociedade se aplica o Direito Penal do Inimigo, ao igual, ao amigo, o direito aplicado é o direito constitucional com todas as suas garantias fundamentais, tudo baseado na “periculosidade” do autor e é claro, nas razões de segurança, a razão de ser do Estado punitivista moderno. A segurança do Estado era inclusive a motivação expressa da Escola Positiva e havia a defesa firme da redução de garantias individuais que se colocassem contra o *pro societatis*, havendo

também a inserção da expressão “guerra contra o delito” no debate jusfilosófico, dois conceitos muito similares ao Direito Penal do Inimigo (ANITUA, 2008, p. 313).

É inevitável a comparação da Escola Positiva de Lombroso com o Direito Penal do Inimigo de Jakobs, tendo em vista que os dois partem da premissa de identificar o inimigo que esse representa perigo à ordem social e jurídica, defendendo a partir desta identificação a persecução e isolamento desses indivíduos perigosos com a aplicação de um direito à parte. Porém, deve ser feita a ressalva de que Jakobs não aponta características físicas identificáveis, mas apenas os delitos que as configuram a o delinquente inimigo – crimes esses que são associados na sociedade como minorias, de forma estereotipada – De qualquer forma, não há como desassociar a Escola Positiva da corrente do Direito Penal do Inimigo, pois os dois movimentos negam a condição jurídica de pessoa ao inimigo (CAETANO, 2010, p. 225). A influência da Escola Positiva de Lombroso que teve espantosas consequências no direito durante os regimes autoritários do século XX é notável no século XXI como percebido por comentaristas do punitivismo moderno:

Nesse sentido, percebe-se como muitos discursos contemporâneos mantêm em seu cerne a lógica de perseguição ao inimigo social. São discursos que abordam a insegurança provocada pela violência crescente e que depositam crença no ideal de direito penal enquanto meio da promoção da defesa social, como punição à periculosidade. A periculosidade é característica que se evidencia na tese lombrosiana: tem-se como base para a aplicação da medida restritiva o risco que determinado indivíduo oferece ao convívio social. Ressalta-se que tal risco não advém das condutas eventualmente praticadas pelo indivíduo oferece risco ao convívio social. Ressalta-se que tal risco não advém das condutas eventualmente praticadas pelo indivíduo, mas de características inerentes a sua própria constituição e que, portanto, estarão sempre presentes. Neste contexto, considerando que o determinismo proveniente de sua constituição ditará sua conduta, não há alternativa plausível que não sua neutralização (KHALED, SANTOS, 2014, p. 27).

Esse traço da Escola Positiva sobre as medidas de segurança e preventivas permaneceu ao longo de todo o punitivismo, incluindo o Direito Penal do Inimigo de Jakobs e é a principal manifestação da persecução ao inimigo na ordem jurídica atual. Uma breve análise das estatísticas da população carcerária demonstra como a visão do delinquente detentor de periculosidade permanece com muita presença e como o Direito Penal do Inimigo adotou também essa visão. Em 2019 a população carcerária ultrapassou a marca de 810 mil presos e 41,5% são presos provisórios⁸, ou seja, não são condenados nem em primeira instância,

⁸ BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1 Globo. Brasília, 17 de jul de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>> Acesso em 03 de dez de 2019

portanto, mais de 41% dos presos são os considerados inimigos, aqueles que por razões de segurança são encarcerados devido a sua periculosidade inerente e por isso são passíveis de sofrerem com as medidas restritivas e a diminuição de seus direitos. O mesmo cenário se repete nos Estados Unidos da América, berço do punitivismo moderno e país no qual o Direito Penal do Inimigo mais foi aplicado. No país norte-americano, mais de 2,2 milhões de pessoas estão encarceradas, fazendo com que se configure a maior população carcerária do mundo. Ainda mais assustador é o fato de que se a população carcerária estadunidense fosse uma cidade, ela seria a quinta maior cidade do país, superando cidades com reputação mundial como Dallas e Boston. A situação de prisões sem condenações se repete no país estadunidense, encontrando-se mais de 540 mil presos sem condenação⁹.

A situação estadunidense se agrava ainda mais devido ao fato do seu sistema carcerário ser privatizado e entrar em uma lógica mercantilista que revela o lado ainda mais obscuro do punitivismo e do Direito Penal, isto é, o encarceramento em massa e a perseguição ao inimigo em nome do lucro para empresas que gerem os presídios e como ferramenta para solução do desemprego. O sistema penal estadunidense passou a ser utilizado como ferramenta política, gerando um arranque enorme da população carcerária, a utilização do sistema de condicional e fiança serviu ao propósito político de gerar um verdadeiro mercado no qual o preso é a mercadoria e as empresas recebem por preso e ainda ganham autorização para utilizar essa mão de obra a custo ínfimo com um pagamento pelo trabalho realizado na prisão de no máximo de 3,45 dólares por dia¹⁰. Para comparação, o salário médio por hora de um garçom nos EUA é de aproximadamente 7 dólares, mais que o dobro do máximo possível que pode ser pago à um preso por um dia todo de trabalho nos EUA. A prisão certamente tornou-se um mercado de trabalho lucrativo e a lógica do sistema presidiário estadunidense muito particular do punitivismo começa a se espalhar também na América Latina, tornando-se promessa de campanha de muitos políticos.

Mais uma característica da Escola Positiva também presente no Direito Penal do Inimigo e no punitivismo moderno adotado pelo sistema estadunidense foi a adoção do

⁹ SAWYER, Wendy. Wagner, Peter. Mass incarceration: The Whole Pie 2019. Prison Policy. Easthampton, U.S.A, 19 de mar de 2019. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2019.html>> Acesso em 06 de dez de 2019

¹⁰ SAWYER, Wendy. How much do incarcerated people earn in each state? Easthampton, U.S.A, 10 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/blog/2017/04/10/wages/>> Acesso em 06 de dez de 2019

sistema do *three strikes* em vários estados dos EUA. Esse sistema legal determina a prisão perpétua a quem tenha cometido três ou mais delitos – independentemente da gravidade desses – estabelecendo definitivamente a figura do delinquente nato e irrecuperável da Escola Positiva. A repetição da delinquência nessa visão demonstra a impossibilidade da recuperação e a propensão inevitável ao crime, definindo este como o inimigo a ser destruído e separado da sociedade em definitivo, ainda que para isso deva-se ferir o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que não importa a gravidade dos três delitos, a mera repetição aponta o caráter criminoso e irrecuperável (ZAFFARONI, 2018, p. 62).

A existência de uma lei nesse sentido que aponta a existência de um delinquente nato é completamente estranha à tradição liberal de Rousseau, que apontava que não havia criminoso que não se possa recuperar e que, se há, o problema se encontra mais na lei e nos que formulam a lei (ROUSSEAU, 2017, pp. 18-22). Porém, a ideia de Rousseau como ainda um pensador da liberdade em oposição ao autoritarismo será tema da conclusão final da presente dissertação, motivo pelo qual retorno ao ponto da inevitável comercialização do sistema prisional e judicial na lógica do Direito Penal do Inimigo.

A utilização da atividade punitiva do Estado com fins políticos e mercantis ultrapassou há muito as divisões do espectro político. Nos Estados Unidos da América, uma proeminente política democrata, pré-candidata à presidência, afirma publicamente sobre a desigualdade do sistema prisional, porém, sua atuação na promotoria demonstra uma constante utilização de medidas de segurança mantendo presos por anos, mesmo sem condenações, forçando acordos com fianças altíssimas e um grande número de condenação das classes pobres por delitos de menor ofensividade, incluindo inúmeros casos em que a política em questão enquanto promotora requereu por prisão como medida de segurança devido à periculosidade, mesmo depois de sentença inocentando os “delinquentes” em questão. Se nos Estados Unidos da América o punitivismo e a perseguição a “delinquentes natos” ultrapassaram as fronteiras entre republicanos e democratas, no Brasil também há muito se romperam essas fronteiras, havendo a utilização eleitoreira do discurso da segurança e da identificação do inimigo nos dois polos do espectro político¹¹.

O escalonamento da guerra às drogas nos últimos trinta anos no Brasil possui as identidades digitais de governos de esquerda e de direita, demonstrando a gravidade da

¹¹ LOPEZ, German. Kamala Harris's controversial record on criminal justice, explained, U.S.A, 12 de set de 2019. Disponível em: <https://www.vox.com/future-perfect/2019/1/23/18184192/kamala-harris-president-campaign-criminal-justice-record>> Acesso em 06 de dez de 2019

situação e o quão enraizado o punitivismo está na cultura política nacional. O elemento seletivista na escolha do inimigo se manifesta de forma ainda mais intensa no ordenamento jurídico nacional do que no estadunidense. A constante guerra nas comunidades mais carentes demonstra a criminalização da pobreza, a influência das escolas positivas que viam na pobreza e na marginalidade social o elemento criminoso, demonstrando também a seletividade do punitivismo que nesse tocante se manifesta à moda de Schmitt, pois funciona na lógica amigo/inimigo quando o delinquente faz parte do “amigo” e não do inimigo. A seletividade demonstra a hipocrisia da razão de segurança como justificativa de Estado e a pobre fundamentação teórica do Direito Penal do Inimigo. Por isso, trabalhar a questão da seletividade é relevante para a conclusão da dissertação proposta.

O Direito Penal do Inimigo trata como inimigo àqueles que são uma ameaça à manutenção da ordem jurídica e do próprio Estado, entendendo que o objetivo e valor supremo do Estado é a segurança. Em razão desse objetivo e desse valor se possibilita o estado de exceção permanente que trata os inimigos não como pessoas, mas como inimigos propriamente ditos. Esse é um resumo sobre o Direito Penal do Inimigo que demonstra como a força punitiva do Estado é fundamental nessa escola teórica. Porém, ao analisar o diferente tratamento dado a diferentes pessoas que cometem crimes que colocam em risco “a ordem jurídica e a manutenção do Estado” é possível perceber que alguns são tratados como amigos e não como inimigos como deveriam ser. Essa é a seletividade do punitivismo e é uma longa tradição na corrente punitivista e se manifesta especialmente nas denominadas “medidas de segurança”, que são aquelas formas de detenção do “delinquente” anteriores à condenação, que exigem requisitos como periculosidade ou o não pagamento de fiança. Em especial, a fiança expõe completamente a seletividade do sistema de medidas de segurança e a seletividade do Estado punitivista e do Direito Penal do Inimigo, pois a ela estabelece uma condição de soltura para aqueles com condições financeiras e transformam a prisão temporária em quase permanente para os que não podem pagar. Na lógica do Direito Penal do Inimigo – ou do autor – dois indivíduos praticando atos da mesma natureza – que atentam contra a segurança e a ordem jurídica – são tratados de formas distintas, aquele com recursos para pagar a fiança não é perigoso e pode ficar em liberdade e o que não pode é inimigo. Essa seletividade que determina o inimigo a partir da classe social já foi defendida abertamente por punitivistas. Bodin escrevia:

Há dois meios pelos quais as Repúblicas mantêm seu Estado e sua grandeza: os prêmios e os castigos. Os primeiros para os bons os outros para os maus. Sem este equilíbrio, só resta esperar a inevitável ruína do Estado. Sem dúvida, não é

necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juízes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens. Deste modo, para dez crimes, há apenas uma condenação e normalmente os condenados são ardilosos. Aqueles que têm amigos ou dinheiro habitualmente escapam da mão dos homens (BODIN, 1587, pp. 215-217).

O punitivismo historicamente não se importa com a seletividade, pois a pena possui uma natureza simbólica e retributiva, bastando que se puna um a cada dez de forma dura para coagir a sociedade a não delinquir. Essa visão de pena como coação é a essência do funcionalismo sistêmico de Jakobs e enxerga a pena como retribuição. O alvo dessa coação? São sempre aqueles que carecem “de amigos ou dinheiro”.

O Estado de Direito promete garantias fundamentais e há até belas classificações em gerações de direitos, em especial o direito a um devido processo legal e justo, herança das revoluções liberais do século XVIII. Porém, a realidade se apresenta em um sistema jurídico que seleciona inimigos por critérios políticos e classistas, impondo a esses inimigos outra ordem que retira esses mesmos direitos, perseguindo-os e utilizando-os como ferramenta política e exemplo do que acontece com os “degenerados”. Para os que possuem condições financeiras, o sistema apresenta inúmeras formas de escapar à punição prevista, com a previsão de inúmeros recursos e infinitos graus de jurisdição, acessíveis apenas aos com poder, dinheiro e influência para isso.

3.3 – Aplicação do Direito Penal do Inimigo e Estado Securitário.

O Direito Penal do Inimigo como teoria defende o uso da coação e da exceção como forma de garantia da ordem legal, permitindo o direcionamento do aparato judicial a grupos considerados perigosos e permitindo a flexibilização de direitos em prol da persecução penal dos inimigos eleitos, ou seja, daqueles definidos como potencial ameaça à existência da ordem jurídica.

Na observação da aplicação prática da teoria do Direito Penal do Inimigo é possível observar as fundamentações desta teoria na prática, assim como as falácias e os perigos dessa teoria são manifestados. Na esfera jurídica nacional se encontram inúmeros exemplos de

aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo e a partir desses exemplos observaremos as consequências dessa teoria, tal qual a criminalização de certos grupos, a criação de um estado de exceção permanente sem previsão legal – ressaltando que o estado de exceção com previsão já é extremamente problemático - e as consequências políticas, culturais e sociais que ensejam a alteração drástica da organização política da sociedade.

O primeiro exemplo a ser utilizado e analisado é a questão do mandado de busca coletivo, não analisando a questão jurídica, mas as implicações jusfilosóficas que tal medida demonstra, assim como essa manifesta a presença extrema do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico nacional, e a importância desse na cultura do medo vigente. Durante o período de intervenção federal na unidade federativa do Rio de Janeiro em 2018 ocorreu utilização do chamado mandado de busca coletivo que visava à permissão para busca e apreensão e à violação do direito ao domicílio de forma a conduzir a persecução penal de traficantes e membros de organizações criminosas em comunidades do Rio de Janeiro¹². Dessa forma, o mandado coletivo visava à permissão genérica e não direcionada a um determinado indivíduo, mas sim a toda uma coletividade que apenas pelo endereço domiciliar se torna suspeita pela atividade estadual e passível de ter o seus direitos constitucionais ao domicílio violados.

A existência e a utilização de tal mandado coletivo são extremamente discutidas na academia e pela própria jurisprudência, mas ainda assim ele é utilizado e apresenta um dos grandes problemas que é consequência direta da teoria do Direito Penal do Inimigo, do punitivismo e do estado securitário. Também demonstra o flerte dessa teoria com o totalitarismo e com o Estado que adota em larga escala essa corrente punitivista. Ao permitir um mandado de busca e apreensão genérico em uma comunidade do Rio de Janeiro, a mensagem do Estado é clara e a definição do inimigo é revelada. Ao tomar essa atitude, o Estado demonstra um caráter lombrosiano que identifica nas favelas um grupo inteiro com potencial para delinquir e a possibilidade de qualquer um desses se tornar uma ameaça ao Estado apenas por morar em uma comunidade carente; ou seja, para o Estado se adquire o potencial para ser um inimigo apenas pelo endereço e por ser um inimigo em potencial não há direitos fundamentais garantidos pela constituição que todos os outros membros da sociedade

¹² KADANUS, Kelli. O que é e para que serve o polêmico mandado coletivo de busca e apreensão. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 20 de fev. de 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/o-que-e-e-para-que-serve-o-polemico-mandado-coletivo-de-busca-e-apreensao-95uo851jt0wyuc8es6jv0b0jt/> Acesso em 01 de dez. de 2019.

possuem. Qual a porcentagem da população das comunidades no Rio de Janeiro que efetivamente são vinculados ao crime organizado? O número certamente é muito baixo e mesmo que fosse uma maioria considerável, não se justificaria a perseguição a um grupo apenas pelo seu endereço, pois demonstra o caráter totalitário do Estado e acentua os poderes extremos que são dados ao Estado ao permitir que esse defina o inimigo, ainda mais quando a escolha do Estado demonstra a hipocrisia e cegueira seletiva do mesmo.

A presunção de delinquência nas comunidades do Rio de Janeiro possui a mesma natureza do Direito Penal do Inimigo que ganhou grande força com os atentados terroristas de 2001 nos Estados Unidos da América. No país norte-americano ocorreu a presunção de delinquência de grupos de origem religiosa islâmica e o Direito Penal do Inimigo que encontrou um berço se propagou para a América latina:

Como a comunicação em massa alcançou o maior grau de globalização, o discurso do atual autoritarismo norte-americano é o mais difundido do mundo. Seu simplismo popularesco (*volkisch*) é imitado em todo o planeta por comunicadores ávidos de *rating*, embora tenha maior êxito na América Latina, dada a sua precariedade institucional (ZAFFARONI, 2018, p. 72).

Zaffaroni comenta o Direito Penal do Inimigo identificando perfeitamente o elemento fundante desse que é o *volkisch* de Schmitt, o populismo. A perseguição penal das comunidades e a presunção criminosa dessa são utilizadas de forma populista com fins eleitorais e ao analisar a postura do Estado frente a outros crimes – em especial os crimes de colarinho branco – se demonstra a hipocrisia do Estado. A mesma presunção de delinquência que é conferida aos moradores de comunidades carentes não é conferida a grandes executivos e aos políticos, mesmo apresentando uma porcentagem de delinquência incomparavelmente mais elevada do que a apresentada nas comunidades. O mesmo ocorre nos Estados Unidos da América ao direcionar o aparato estatal contra os *projects* – conjuntos habitacionais para as classes mais baixas – e contra os imigrantes, mas pouco ou quase nada se fazendo contra os lobistas e políticos que corrompem a democracia estadunidense.

A argumentação teórica do Direito Penal do Inimigo é falaciosa e sua aplicação evidencia isso, pois se o objetivo do Estado e do contrato social é a manutenção da segurança como Jakobs afirma – contrariando Rousseau – qual o motivo para utilizar de elementos de exceção contra as classes mais baixas e não contra a elite política e financeira que está em posição muito mais privilegiada para afetar o ordenamento jurídico. O detentor do poder legislativo ou executivo ou um delinquente em uma comunidade, qual dos dois possui mais

poder para destruir o ordenamento jurídico? Essa é a hipocrisia do Direito Penal do Inimigo que na prática possui fins eleitorais e não a segurança como se afirma. O Direito Penal do Inimigo converte a segurança em razão de ser do Estado e transformou e ainda transforma a cultura social de forma a valorizar a segurança como principal elemento eleitoral e garantidor da manutenção do poder político. Tudo se justifica pela segurança, esse é o argumento último e supremo. Se Rousseau foi criticado por supostamente substituir o direito divino dos reis pela vontade geral, criando assim um fundamento absoluto para justificação do poder estatal, os punitivistas efetivamente adotaram um fundamento absoluto que substituiu o direito divino dos reis que é a segurança. Fundamento esse que não é novo, mas sim construído ao longo de séculos de tradição passando por Hobbes, Schmitt, Jakobs e tantos outros, mas nunca por Rousseau que negava completamente a segurança como razão de ser do Estado. Tudo se justifica pela segurança que ganhou ares divinos e que assim como o poder dos reis absolutistas pode ser utilizada para justificar toda e qualquer ação do detentor do poder político. Daniel Arruda Nascimento comenta sobre a segurança como razão de ser do Estado:

A expressão por razões de segurança é largamente usada para justificar todo tipo de ação estatal. Se a segurança sempre foi algo relevante na formação dos Estados, se os dispositivos de segurança ganham corpo na modernidade política, atinge um lugar privilegiado no Estado Securitário, um Estado ontologicamente fundamentado na segurança e na sua majoração, um Estado que tem a segurança como princípio, como valor e como necessidade (NASCIMENTO, 2018, p. 289).

A razão de segurança se tornou o motivo de ser do Estado assim como se tornou o valor eleitoral supremo. A piedade e a empatia de Rousseau, que eram atacadas como ferramenta política por se colocar como valor político supremo, são confrontadas com a segurança. Rousseau e o punitivismo são opostos. Concordo com o posicionamento de Arendt de que a *pieté* foi utilizada como justificativa de autoritarismos e de populistas – até hoje é utilizada – mas o Direito Penal do Inimigo adota elemento oposto a Rousseau que é a segurança e que demonstra definitivamente a incompatibilidade de Rousseau com o punitivismo. A segurança criou o Estado Securitário que muitas vezes também adota o elemento da compaixão para com as classes mais pobres ao mesmo tempo em que utiliza o aparato judicial para perseguir as mesmas classes pelas quais diz ter compaixão. O populismo é vital e intrínseco ao Estado Securitário e apresenta-se com muitas facetas, mas não importa a faceta, o punitivismo é utilizado como elemento de crescimento e consolidação do poder político, afetando as relações sociais em larga escala.

Agamben apresenta três características do Estado Securitário e essas características podem ser facilmente comparadas e relacionadas com o Direito Penal do Inimigo. O primeiro elemento do Estado Securitário é o medo generalizado (AGAMBEN, 2015). O medo generalizado é elemento fundamental para o estado punitivista, pois sem ele, o modo de ser do estado punitivista não se sustenta. Jakobs e sua teoria do Direito Penal do Inimigo se sustentam no medo dos inimigos da ordem jurídica, que supostamente seriam capazes de destruir a ordem jurídica que mantém a ordem pública e assim jogar a sociedade no caos do homem no estado natural – a presença do homem como o lobo do homem é muito forte nas correntes punitivistas – e isso se evidencia na própria escolha do inimigo para Jakobs. Além da imediata relação entre o termo terrorismo e o medo, a existência de um inimigo não organizado estatalmente como ocorria no período de guerra fria, de um inimigo que pode ser qualquer um disfarçado no meio da população é perfeita para propagação do medo generalizado. A decisão política da escolha do inimigo – que será questionada no último subcapítulo quando será analisada a questão do inimigo ôntico no Direito Penal do Inimigo e na história do punitivismo – recaindo sobre a figura do terrorista no berço do Direito Penal do Inimigo – no caso, os EUA e a Europa – demonstra como a capacidade do terrorismo em gerar o medo devido à própria natureza do crime, revelou-se como o perfeito inimigo, pois a capacidade do terrorismo de gerar o medo generalizado se demonstrou capaz de substituir o inimigo do período da guerra fria (ZAFFARONI, 2018, pp. 59-67).

Porém, o medo generalizado não é característica apenas do punitivismo estadunidense, apresentando-se na América Latina a partir do inimigo aqui escolhido, o tráfico de drogas, esse medo generalizado necessita de todo um aparato midiático, de forma a cumprir sua função. A relação com os meios de comunicação em massa é intensa, alterando até mesmo as relações sociais da modernidade. O Estado Securitário necessita da disseminação do medo para justificar o punitivismo e o autoritarismo sobre o elemento de razões de segurança (NASCIMENTO, 2018, p. 290). A difusão do discurso do medo encontra então uma forte aliança nos meios de comunicação de massa que transformam o medo generalizado em negócio extremamente rentável:

A difusão mundial desse discurso é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão, dado o alto custo de operação e a escassa disposição dos espectadores a todo e qualquer esforço pensante (ZAFFARONI, 2018, p. 72).

A simples e breve observação da grade de programação das grandes redes de comunicação televisiva no Brasil aponta para a veracidade da reflexão de Zaffaroni de que o medo se tornou um negócio lucrativo. Desde a madrugada com o primeiro programa de cunho pretensamente jornalístico –apesar de se apresentar como jornalismo, a verdadeira face é de um show de horrores sensacionalista – até o último, já ao fim da noite, o medo é constantemente disseminado, criando uma sensação de medo generalizado e um exagero da realidade de forma a justificar e legitimar medidas de exceção. Até mesmo um notório programa de culinária de uma mulher e seu mascote, transmitido no horário matutino na maior rede de televisão nacional, passou a transmitir matérias sensacionalistas sobre crimes de forma a angariar audiência. O medo é lucrativo e a grande maioria conhece alguém que, influenciado pela cultura do medo, passou a se trancar em casa, a utilizar toda espécie de aparelho de segurança e a ter toda rotina alterada pela cultura do medo difundida.

Esse medo, porém, não é sem objetivos políticos e de controle. A difusão do medo não é apenas realizada com propósitos mercantis de capitalização em cima daqueles atingidos pelo discurso, mas também é uma poderosa ferramenta política. Eleições são vencidas ou perdidas a partir da adoção ou não do discurso do punitivismo. Políticos saem da completa obscuridade e desconhecimento apenas com o discurso da violência. Governadores são eleitos por fazerem campanha com a promessa de execução sumária de criminosos e buscam angariar popularidade em cenas patéticas e desumanas como a de correr comemorando em frente das câmeras a execução de uma pessoa com problemas psicológicos graves¹³ – vale ressaltar que não é a intenção discutir se a medida de “neutralizar” o indivíduo no caso acima foi a mais indicada ou não, mas sim apontar para a monstruosidade que é ter um governador comemorando a morte de um cidadão em transmissão nacional – O debate político é neutralizado e a segurança torna-se o único elemento de relevância. A partir da difusão do medo generalizado com a participação ativa dos meios de comunicação de massa, o segundo elemento do Estado Securitário se revela: a despolitização dos cidadãos. Quando a segurança se torna o valor político supremo e o medo se torna o combustível que acende o clamor popular por mais segurança, a despolitização se torna inevitável. Daniel Arruda Nascimento comenta que:

¹³ Witzel comemora desfecho com morte de sequestrador no Rio de Janeiro. Correio Braziliense., Brasília, 20 de ago de 2019. Disponível em: < <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/08/20/interna-brasil,778167/wilson-witzel-comemora-desfecho-com-morte-do-sequestrador-no-rio-de-ja.shtml> > Acesso em 01 de dez de 2019

O Estado Securitário prescinde de participação política, contanto que a segurança esteja na ordem do dia. Desenvolve-se então um ambiente político no qual a participação é reduzida às urnas, o que fulmina a ideia de democracia, especialmente em um sistema ditado inteiramente por regras e interesses econômicos, que se estabeleceram legal ou ilegalmente, isto pouco importa. (...) Em sua apatia, é como se os cidadãos emitissem aos políticos de carreira e aos seus partidos uma licença para que decidissem tudo sobre eles. Por outro lado, com a cultura universal do consumo, a felicidade pública não está mais na participação política, na interferência na gestão da cidade, como outrora, mas nos bens a consumir (NASCIMENTO, 2018, p. 291).

O Estado Securitário em sua forma moderna toma proveito do sistema de representação que transforma o voto em simples anuência do cidadão para o soberano. O soberano, o poder político recebe assim uma espécie de endosso que impede a real participação popular. O medo generalizado despolitiza e permite o crescimento do poder arbitrário do Estado e da aplicação das teorias punitivistas a partir do argumento de segurança. A despolitização política e o medo generalizado também geram a sensação de crise permanente que serve ao aumento do autoritarismo. A partir dessa sensação de crise se vende a necessidade de uma resposta estatal dura capaz de conter e reprimir a crise, legitimando ao poder político a criação de leis que suprimem garantias individuais e permitem o aumento da violência estatal sem questionamentos da despolitizada sociedade civil que recebe a diminuição de seus próprios direitos e a criação de ferramentas que podem ser utilizadas para sua própria repressão de braços abertos (ZAFFARONI, 2018, p. 75).

O cenário favorável que a situação de crise apresenta ao punitivismo pode ser facilmente observado com a apresentação de exemplos da aplicação de preceitos do Direito Penal do Inimigo que foram adotados a partir de crimes de grande repercussão ou por crises de segurança. No Brasil há inúmeros exemplos a serem trabalhados; um dos que mais se destacam e demonstram a influência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento nacional é a Lei 9.614/98 também conhecida como lei do abate que permite a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando armas ou drogas que não atenderem a ordem de pouso. Em resposta à crise do tráfico de entorpecentes, se permitiu a criação de uma lei que executa sumariamente apenas por suspeita, sem qualquer processo legal (MEDEIROS, 2016, p. 4). Há aqui um exemplo do aumento do poder punitivo do Estado em resposta a uma situação de crise, transformando uma hipótese extremamente restrita no ordenamento jurídico – a pena de morte – em uma medida preventiva por meio de uma lei que traz a noção de estado de exceção permanente. Nessa lei se observa a influência da teoria de Jakobs ao conceder a

permissão da destruição do inimigo ao se exceparem as garantias individuais, devido à natureza do delincente se encaixar no perfil do inimigo.

Mais um exemplo que demonstra o hiperpunitivismo moderno e ao mesmo tempo a despolitização causada pelo estado securitário é a criação das leis demagogas como em resposta temporária a crimes de grande repercussão. Frente ao espetáculo público difundido pelos meios de comunicação de massa, se gera uma sensação de insegurança e um clamor por resposta legislativa específica a todos os casos – os exemplos na legislação nacional são inúmeros. A classe política interessada apenas na questão eleitoral toma parte desse clamor despolitizado visando angariar o clamor popular para canalizar eleitoralmente.

O caso do incêndio na boate Kiss no sul do país serve de exemplo para a demagogia do punitivismo¹⁴, tendo em vista que gerou uma série de leis novas visando responder o clamor da sociedade e inevitavelmente com fins eleitorais. Zaffaroni comenta sobre a demagogia do punitivismo no Estado Securitário:

Como o Estado enfraquecido dos países que levam a pior na globalização não pode resolver os sérios problemas sociais, seus políticos optam por fingir que os resolvem ou que sabem como fazê-lo, tornam-se maneiristas, afetados, a política passa a ser um espetáculo e o próprio Estado se converte num espetáculo. Os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o melhor para preocupar-se apenas com o que pode ser transmitido de melhor e aumentar sua clientela eleitoral (ZAFFARONI, 2018, p. 77).

Ironicamente, o hiperpunitivismo e a legislação em excesso — que são características do Estado Securitário — demonstram serem incapazes de garantir a segurança que prometem – e justificam sua própria existência – mas, sim, geram o efeito oposto, isto é, a sensação de insegurança e paranoia se tornam ainda maiores. O medo generalizado que gera a despolitização política apenas serve para gerar ainda mais medo e uma situação de constante vigilância, no qual o próximo, seja o vizinho, o familiar ou o estrangeiro, adquire *status* de inimigo em potencial. A maior vítima do Estado Securitário acaba sendo aqueles que vivem em situação periférica, pois se tornam o inimigo escolhido pelo punitivismo e ao mesmo tempo enfrentam as drásticas consequências do Estado Securitário que altera as relações sociais das periferias.

¹⁴ Lei Kiss é sancionada por Temer com 12 vetos. EBC., Brasília, 31 de mar de 2017. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/lei-kiss-e-sancionada-por-temer-com-12-vetos> > Acesso em 01 de dez de 2019

Ainda mais, ao verificar a proposta de Jakobs e do Direito Penal do Inimigo, a situação dos identificados como inimigos se torna ainda pior, tendo em vista que no Direito Penal do Inimigo, — que propõe o estado de exceção contido, ou seja, a utilização do aparato policial e judiciário — se torna direcionado apenas ao inimigo, e, na situação social do país, isso recai sobre as classes mais pobres. É fácil verificar essa situação ao observar que há operações com carros armados blindados e dezenas de policiais apenas nas comunidades e não em ambientes com maior incidência de delinquência que são tipicamente frequentados pela elite política.

Há uma lógica muito clara nessa consequência do pensamento de Jakobs, pois se o objetivo de limitar o punitivismo vem por meio da seleção de um inimigo específico, então esse inimigo passa a ser tratado de forma distinta e separado do resto da sociedade e automaticamente é despido não apenas da sua condição de cidadão, mas também da sua condição de humano. Logo, se o inimigo escolhido nos Estados Unidos da América acabou por criminalizar o imigrante, o estrangeiro, devido ao fato de um potencial para o terrorismo, na América Latina ocorreu a escolha dos mais pobres como potenciais inimigos, enxergando nestes o potencial para os crimes de tráfico de drogas, e, por consequência, ocorreu a criminalização da pobreza. Logo, nessa lógica, tudo é permitido contra as classes mais pobres, pois há razões de segurança ao combater o inimigo. Este é um problema grave no Direito Penal do Inimigo, pois tendo íntima ligação com o Estado Securitário, torna-se impossível ao elemento central dessa teoria limitar o inimigo — relembrando, a principal diferença entre Jakobs e Rousseau é que o primeiro defende um tratamento legal diferenciado a um grupo específico, algo inaceitável no pensamento de Rousseau — pois, em um cenário de guerra contra o inimigo, torna-se impossível a limitação do poder apenas ao necessário à remoção do perigo do inimigo, pois em razão de segurança o poder se torna ilimitado.

Do cenário de impossibilidade de limitação do poder devido às razões de segurança é que se revela a terceira característica do Estado Securitário apontada por Agamben: A renúncia à efetividade ou certeza da lei (AGAMBEN, 2015). No Estado Securitário é impossível a limitação do poder punitivo, pois há sempre a incerteza sobre a efetividade dos meios legais. Logo, o estado de exceção contido e permanente de Jakobs acaba alimentando o poder punitivo e não o limitando, pois devido ao cenário de medo generalizado, a crença é de inefetividade das leis penais para o combate à criminalidade. Os exemplos demonstrados anteriormente de inovações legislativas como respostas ao clamor social demonstram essa característica, pois há sempre a necessidade de respostas à sensação de inefetividade do

ordenamento jurídico atual. Ainda além da inovação legal, permite-se a atuação fora do ordenamento jurídico com a força punitiva do Estado estando à disposição do poder político e à discricionariedade desse, trazendo o estado de exceção permanente; mas ainda mais grave que o estado de exceção de Jakobs, pois esse não é contido. Porém, esse cenário é nada além da consequência natural do Direito Penal do Inimigo, ainda que não seja o objetivo deste:

Deve-se atribuir a Schmitt sua opção reacionária pelo Estado absoluto, enquanto Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do Estado absoluto no interior do Estado de direito, sem se dar conta de que isso o implode. Schmitt é coerente em sua opção decisionista pelo Estado absoluto, enquanto que Jakobs não o é, ao manter sua opção pelo Estado constitucional de direito (ZAFFARONI, 2018, p. 160).

Esse ponto demonstra o maior erro de Jakobs, pois ele acreditou ser possível a adoção de elementos absolutistas e autoritários sem romper com a tradição constitucionalista liberal. Porém, o autoritarismo leva sempre ao autoritarismo e o Direito Penal do Inimigo e sua crescente influência serviram como propulsores do punitivismo e do totalitarismo no século XXI, não apenas falhando em seu propósito de limitar o estado de exceção à persecução penal de um inimigo específico, mas servindo como mola propulsora para o Estado Securitário moderno e para a situação de autoritarismo crescente.

Ainda mais, o elemento autoritário mais perigoso adicionado por Jakobs foi a normalização da despersonalização do inimigo que remete às teorias penalistas que buscavam identificar ônticamente o inimigo. Se o inimigo não é pessoa, todo aquele que pode ser o inimigo em potencial também tem o potencial de não ser humano e há aí o potencial da definição do inimigo não mais pela questão da escolha política, mas também por questões que anteriormente se pensava superadas. Por isso, a conclusão buscará demonstrar a influência exercida por teorias discriminatórias sobre o punitivismo moderno a fim de mostrar que o critério biológico e a tentativa de identificação ôntica ainda fazem parte do punitivismo e que se manifestam na escolha das classes mais baixas como alvo.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito, que surgiu com a tradição liberal para conter o poder do soberano, acabou adotando em si a figura do *hostis* do Direito Romano que agora se manifesta no Direito Penal do Inimigo. Dessa forma, o Direito Penal cada vez mais inchado concede ao poder político a seletividade existente antes do Estado de Direito. O crescimento do poder punitivo significa o crescimento do autoritarismo, o aumento do poder do soberano.

Por isso, a leitura de Rousseau é tão relevante para o tema, pois apesar das acusações de críticos que afirmam que ele flerta com o totalitarismo e igualmente a de punitivistas como Jakobs que apontam Rousseau como um pioneiro na defesa da destruição do inimigo, Rousseau aponta justamente para os perigos da representação e da cessão do poder ao soberano, em especial o poder punitivo. A obra de Rousseau aponta a necessidade de a lei ter valor em si mesma, não pelo medo e pela repressão, não como uma lei simbólica utilizada para a coação da sociedade a obedecer, mas sim como necessária para estabelecimento da sociedade.

A oposição que Rousseau fez ao governo e às leis simbólicas, desnecessárias e desiguais de seu tempo permanece hoje como uma lembrança de que quanto maior o poder do soberano, menores as liberdades. O autor que tanto foi acusado de ser totalitário escreveu que:

Assim como a vontade particular age sempre contra a vontade geral, também o Governo faz um esforço contínuo contra a Soberania. Quanto mais aumenta esse esforço, mais a constituição se altera; e, como não há aqui nenhuma outra vontade de corpo que, resistindo à do Príncipe, faça equilíbrio com ela, cedo ou tarde deve ocorrer que o Príncipe oprima enfim o Soberano e rompa o tratado social. Eis aí um vício inerente e inevitável que desde o nascimento do corpo político tende sem descanso a destruí-lo, assim como a velhice e a morte destroem o corpo do homem (ROUSSEAU, 2007, p. 98).

Aqui, Rousseau separa o poder soberano do Príncipe, sendo o povo o soberano e originador de todo o poder político, enquanto o Príncipe representa o governo, aquele que detém o poder executivo. Rousseau enxerga uma inevitável e inexorável tentativa do Príncipe de tentar romper a barreira do pacto e da lei, buscando ampliar a sua vontade sobre a vontade geral e assim, violando a própria razão de ser do pacto social na visão de Rousseau, que é garantir a liberdade. Para Rousseau, uma das benesses de se associar ao corpo político nos parâmetros da vontade geral é a manutenção da liberdade que se dá ao se associar ao corpo

geral cujo poder outrora absoluto é limitado pela lei derivada da vontade geral. Sendo assim, o Estado de Direito é a limitação do Estado Absoluto e, na leitura de Rousseau, o detentor do poder político sempre tenta romper a parede que é o Estado de Direito de forma a ampliar o seu poder e por isso não se pode, na visão de Rousseau, abrir exceções à lei.

Essa conclusão de Rousseau sobre a lei demonstra a completa diferença entre Rousseau e Jakobs, pois o segundo acredita ser possível a limitação do poder punitivo e do estado de polícia na figura do Direito Penal do Inimigo que propõe um estado de exceção permanente e contido. A função das penas no Direito Penal do Inimigo acaba atacando o próprio objetivo do Estado de Rousseau, que é limitar o poder punitivo, limitar o Estado Absoluto, pois o objetivo de Rousseau é encontrar uma forma de se associar ao corpo político e ainda assim permanecer tão livre quanto antes. O Estado de Direito como se apresenta atualmente é resultado de um histórico de lutas e experiências contra o totalitarismo e o absolutismo, possuindo essa função primária: limitação do poder soberano (ZAFFARONI, 2018, p. 169).

O movimento autoritário e punitivista atual que se alimenta do Direito Penal do Inimigo, assim o faz por enxergar no Direito Penal do Inimigo uma ferramenta para ultrapassar a parede do Estado de Direito. A permissão de escolher um inimigo, de atuar fora dos padrões legais para a perseguição e destruição desse inimigo, a seletividade inerente do Direito Penal do Inimigo falham miseravelmente em limitar, mas acabam legitimando o poder totalitário e acabam servindo como destruição do próprio Estado de Direito, pois se o Estado de Direito possui como objetivo a limitação do poder e o Direito Penal do Inimigo enfraquece essa limitação, então ele é contrário ao Estado de Direito.

O Estado punitivista – ou Estado de Polícia – está sempre na tentativa de crescer, de inchar e romper o Estado de Direito, objetivando retornar o Estado ao momento de submissão à vontade arbitrária do detentor político até se chegar ao Estado Absoluto. Seguindo a lógica de Rousseau, essa busca pelo poder absoluto é inerente ao próprio Estado. Ironicamente, apesar do poder punitivo ser uma ameaça eterna ao Estado de Direito, ele também é incontornável, pois mesmo o Estado de Direito necessita de meios de polícia de forma a manter a ordem pública e é essa necessidade que faz a chama do punitivismo e seu perigo ao Estado de Direito estar sempre vivo. Zaffaroni aponta essa situação ao comentar a relação existente entre o Estado de Direito – com afinidades a Rousseau – e o punitivismo:

Quanto maior é a contenção do Estado de direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vice-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo. A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de direito (ZAFFARONI, 2018, p. 170).

Por isso a área penal e o Estado de Polícia são as áreas favoritas daqueles com pretensões autoritárias, pois nunca será possível suprimir totalmente o poder punitivo, abrindo a possibilidade de utilizar o aumento do poder punitivo para o aumento do arbítrio do detentor do poder e esse é o maior perigo do Direito Penal do Inimigo, pois dá inúmeras permissões legais ao poder punitivo, ampliando o Estado de Polícia, enfraquecendo o Estado de Direito e consequentemente aumentando a possibilidade de um poder autoritário seletivo que passa por cima das restrições do Estado de Direito. Por isso é tão comum enxergar na vida política a máxima de Otto Kirchheimer que afirma que “Todo regime político tem seus inimigos ou os vai criando com o tempo” (KIRCHHEIMER, 2001, p. 3).

É na figura do inimigo que se encontra a justificativa para o aumento do poder punitivo e assim se permite a expansão do Estado de Polícia em detrimento do Estado de Direito. Da mesma forma, nunca se propõe para o combate do suposto “inimigo” a reforma do sistema prisional, a melhora de equipamento ou a luta da corrupção interna das forças punitivas, mas sim o clamor pela guerra ao inimigo. A guerra ao terror – trabalhada por Jakobs – ou a guerra às drogas permite a ampliação do poder punitivo e o legitima, pois em situação de guerra tudo se justifica, ainda que essa guerra seja contra indivíduos que deveriam ser visto como cidadãos, mas não o são devido à visão de inimigo no sentido do *volkisch* adotada na lógica punitivista.

Quando se invoca a guerra o que vem à mente é a possibilidade de morte e da destruição, logo, legitima a morte e a destruição do outro para evitar a sua própria, ainda que esse outro seja um cidadão. Logo, a ideia de Rousseau de que um Estado não pode ter cidadãos/indivíduos como inimigos (ROUSSEAU, 2007, p. 31) é jogada pela janela e trata-se o indivíduo como um inimigo mortal e abre-se a possibilidade para a destruição do Estado de Direito:

A introdução do inimigo no direito ordinário (não propriamente bélico ou de guerra) de um Estado de direito o destrói, porque obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os do direito humanitário invocando a criminalidade. Ainda

que se o faça prudentemente, mais cedo ou mais tarde, dependendo das circunstâncias políticas que concedam um poder mais efetivo ao soberano, desemboca-se no Estado de polícia e passa-se, então para o Estado absoluto (ZAFFARONI, 2018, p. 171).

A prudência de Jakobs – até certa ingenuidade – de tentar buscar a destruição do inimigo e uma “guerra ao terror” ao mesmo tempo em que busca conter apenas o combate ao terrorismo, inevitavelmente criará as condições para o oportunismo político e o discurso populista que enxerga na guerra ao crime a alavanca para o poder, um flerte com o absolutismo. Logo, a função das penas deve ser a de garantir o respeito à lei e o entendimento da lei, não a coação e a violência estatal, que seja inerente ao Estado de Direito, uma lei garantista que rejeita a seletividade penal proposta pelo punitivismo e o Direito Penal do Inimigo. Como Rousseau escreve: “Qualquer um pode ser ao mesmo tempo um padre devoto, um soldado valente ou um médico zeloso e um mau cidadão” (ROUSSEAU, 2018, p.15).

A visão de Rousseau deve ser adotada não no sentido de criminalizar qualquer cidadão, mas sim no sentido de que não importa se é um líder político popular ou um indivíduo marginalizado de uma comunidade, ambos podem ser bons ou maus cidadãos e por isso não deve o Estado tratar preventivamente um como criminoso e inimigo baseado na seletividade punitivista. A função das penas é garantir o Estado de Direito e a limitação do absolutismo, pois se não o fizer acaba habilitando a ascensão do totalitarismo e do autoritarismo. Por isso, defensores do Estado de Direito e do Garantismo como Zaffaroni e Ferrajoli defendem que o direito penal não deve nunca ser neutro, mas sim parcial, escolhendo o lado que fortalece o Estado de Direito conquistado e estabelecido em oposição ao Estado Absoluto (ZAFFARONI, 2018, p. 172).

Defender os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos é defender o Estado de Direito em si, pois a necessidade do Estado de Direito é garantir a liberdade dos seus membros por meio da limitação do poder soberano, sendo assim, Rousseau não é um precursor do punitivismo como Jakobs aponta, mas sim um precursor do garantismo e do Estado de Direito, propondo um Estado ao qual as pessoas se associam de livre vontade buscando a liberdade e não a segurança, segurança essa que é a razão de ser do Estado para outros contratualistas de seu tempo, para os punitivistas e para Jakobs.

Portanto, a presente dissertação demonstra como a associação entre Rousseau e Jakobs não procede, fazendo isso ao demonstrar as leituras de Rousseau, tanto as que enxergam em

Rousseau um pioneiro do garantismo e da liberdade, tanto aquelas que enxergam no autor suíço um grande precursor do totalitarismo moderno e da visão punitivista de persecução e destruição do inimigo. O estudo aqui realizado sobre o contrato social, o papel da vontade geral e os objetivos propostos por Rousseau demonstrou as preocupações deste em relação ao Estado e a sociedade, estando inserido em um contexto de insurgência contra o absolutismo. A leitura e o estudo sobre Rousseau não fugiram das questões problemáticas apresentadas na obra do autor, mas sim buscou demonstrar sobre o seu contexto a função de alguns pontos mais debatidos da teoria do autor no plano maior.

Focando na explicação da vontade geral e na função da lei e das penas, na teoria de Rousseau, e, posteriormente, na explicação dos preceitos de Jakobs e como esse foi influenciado pela leitura que Schmitt faz de Rousseau, foi demonstrado o erro de Jakobs ao apontar Rousseau como um precursor do punitivismo que encontra na figura do inimigo alguém a ser destruído. Depois de ter trabalhado as leituras de Rousseau e as diferenças fundamentais desse com o Direito Penal do Inimigo, foram trabalhadas as verdadeiras influências de Jakobs, em especial a influência do conceito do político de Schmitt em Jakobs. Assim, a partir da noção de Schmitt de que um povo – ou Estado ou grupo político – se organiza em oposição a outro, ao estranho, Jakobs organiza o Direito Penal do Inimigo que se organiza em oposição ao que se opõe ao valor e à função do Estado que é a segurança. Sendo assim, Jakobs encontra no terrorista o inimigo, pois este é, na visão do autor alemão, o que se opõe à ordem jurídica e ao Estado em si.

Dessa forma, Jakobs eleva a segurança como razão de ser do Estado, um discurso que ganhou muita força na comunidade política em especial após os atentados terroristas do 11 de setembro de 2001, levando a uma escalada do poder punitivista e do Estado de Polícia poucas vezes vista anteriormente. A partir disso, o Estado Securitário apareceu no debate político e se tornou parte da realidade política, motivo pelo qual a presente dissertação trabalhou o Estado Securitário, suas consequências e causas, demonstrando como este serve ao autoritarismo e ao populismo aos “melhores” moldes do *volkisch* de Schmitt.

As consequências do punitivismo no século XXI, com exemplos legais que demonstram o crescimento desse Estado Securitário, em muito impulsionado pelo discurso do Direito Penal do Inimigo, e seu estado de exceção contido e permanente. Em momento posterior, foi demonstrado o elemento preconceituoso herdado da Escola Positiva e como influencia o punitivismo – tendo sido feita a ressalva de que Jakobs em nenhum momento

indica classe social ou etnia para definição do inimigo – na perpetuação do uso do aparato judicial para a perseguição e marginalização das classes mais pobres e das minorias.

A utilização de exemplos de discursos de políticos que apontam para esse elemento no Estado Securitário reafirma o quão problemático é o Estado Securitário, sobretudo devido à despolíticação que gera e a permissão ao crescimento do poder autoritário – que se acentuou nos últimos cinco anos – não apenas no Brasil, mas no ocidente como um todo.

Dessa forma, o objetivo da presente dissertação foi cumprido ao demonstrar as origens jusfilosóficas do Direito Penal do Inimigo e como se relaciona com a história do punitivismo e do Estado Policial, demonstrando como o Direito Penal do Inimigo é mais um capítulo na eterna guerra apontada por Rousseau entre a liberdade e a dominação, entre o detentor do poder, tentando ampliar sua influência, e aqueles que se opõem ao absolutismo. Sendo o Direito Penal do Inimigo uma teoria híbrida que falha na função de combate à criminalidade e em criar um punitivismo contido.

Como a escola garantista afirma, o verdadeiro inimigo do Estado e do direito penal não é o terrorista ou o traficante – esses que praticam crimes devem sim ser punidos, mas dentro das garantias do Estado de Direito. O verdadeiro inimigo do Estado é o punitivismo, o Estado de Polícia, que ameaça as conquistas obtidas ao longo de séculos de experiências com o absolutismo e com as lutas que levaram ao rompimento com o totalitarismo. Como Zaffaroni aponta, é ingenuidade acreditar que o punitivismo se contentará com um inimigo contido e se limitará a esse estado delimitado, pois como Rousseau aponta, aquele que detém o poder historicamente busca ampliar esse poder (ZAFFARONI, 2018, p. 175).

O que não pode ocorrer é a normalização do autoritarismo, da perseguição seletiva e violenta, da supressão de direitos e da divisão entre cidadãos e inimigos. Não é aceitável a desumanização que o punitivismo promove em nome de razões de segurança; e é inaceitável a absurda e clara seletividade que pune os pobres e marginalizados com todo o rigor da lei – na verdade, se pune com rigor acima da lei – e protege aqueles que detêm o poder financeiro e político, garantindo a estes todos os direitos previstos e até direitos não previstos, com juízes e instituições dispostas a proteger a qualquer hora e com velocidade e eficiência não vista com os “cidadãos comuns” ou com os “inimigos”. Enquanto os presídios estão lotados com mais de 40% de indivíduos sem condenação em 1ª instância, os indivíduos mais poderosos demoram décadas até uma condenação definitiva. Essa é a hipocrisia do punitivismo e sua seletividade que foram trabalhadas na presente dissertação.

A distinção entre amigo e inimigo nunca é expressa, mas ela é legitimada pelo silêncio frente à atuação estatal e é apoiada pela corroboração eleitoral aos que fazem longos discursos políticos apontando inimigos a serem destruídos. No meio de todas as discussões jurídicas e políticas pode-se esquecer da teoria. Por isso Rousseau foi o autor escolhido pela presente dissertação: para ser o fio condutor; pois é em um autor que é lido tanto como um autoritário defensor do punitivismo como um libertário defensor do garantismo que é possível demonstrar as contradições do discurso punitivista e expor que, apesar dos pesares, Rousseau ainda é uma referência de pensador liberal, ao contrário do que afirma Jakobs.

Em uma época na qual o senso comum é de que o punitivismo é a solução para as mazelas de segurança, Rousseau ainda é atual, reiterando as palavras do autor genebrino:

De fato, a primeira das leis é respeitá-las: o melhor dos castigos não passa de recurso não imaginado por espíritos pequenos para substituir pelo terror o respeito que não podem obter. Observa-se com frequência que nos países onde os suplícios são mais terríveis sua aplicação é mais constante, de maneira que a crueldade das penas nada mais indica do que a abundância de infratores. Punindo todos com a mesma severidade, forçam-se os culpados a cometerem crimes para escapar à punição de suas faltas (ROUSSEAU, 2018, pp. 19-20).

O inchamento do Estado em nome da segurança e a ascensão da violência e brutalidade estatal não são e nunca serão a solução para os problemas de segurança, mas sim uma “solução” para aqueles que, movidos pelas suas ambições, criam leis funestas ou abusam do poder em nome dos seus próprios interesses (ROUSSEAU, 2018, p. 12). Por isso, a presente dissertação defende que o rigor formal apresentado por Rousseau visa à limitação do poder a partir do entendimento desse dos perigos apresentados pela livre atribuição das penas nas mãos do poder político. Dessa forma, Rousseau ainda hoje é um pensador que se opõe ao aprisionamento humano em nome da sua segurança. A liberdade, enquanto valor maior, se opõe à segurança utilizada como argumento de dominação e legitimação do autoritarismo. Aceitar as “razões de segurança” como razão de ser do Estado é aceitar e legitimar projetos e ambições totalitaristas. Em oposição, defender o garantismo é defender o Estado de Direito e a liberdade dos cidadãos contra o autoritarismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDOUD, G. **Introdução À Teoria e Filosofia Do Direito**. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro/RJ, 2013.
- AGAMBEN, G. **De l'Etat de droit à l'Etat de sécurité**. Le Monde. Paris, 2015.
- AMBOS, K. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen., Berlim: Panoptica, 2008.
- ANITUA, G. I. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Revan. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 2008.
- ARENDT, H. **A Condição Humana**. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro/RJ: Forense Universitária, 2016.
- ARENDT, H. **Homens em tempos sombrios**. Tradução: Denise Bottman. São Paulo/SP: Companhia de Bolso, 2008.
- ARENDT, H. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Denise Bottman. São Paulo/SP: Companhia de Bolso, 2013.
- ARENDT, H. **Sobre a Revolução**. Tradução: Denise Bottman. São Paulo/SP: Companhia de Bolso, 2011.
- BARKER, E. **Introduction to The Social Contract**. Oxford University Press, Nova Iorque, 1948.
- BENDERSKY, J. **Carl Schmitt: Theorist for the Reich**. Princeton: Princeton University Press, 1983.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo/SP : Elsevier, 2004.
- BODIN, J. **De la demonomanie des sorciers**. De l'inquisition de des sorciers. Libraire lure. Paris, 1587.
- BROOKE, C. **Rousseau's Political Philosophy: Stoic and Augustinian Origins. Introduction**. In: RILEY, Patrick (coord.) Londres: Cambridge University Press, 2011.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: Paulo M. de Oliveira. São Paulo/SP : Edipro, 2017.

CASSIRER, E. **Questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução: Erlon José Paschoal, Jézio Hernani Bomfim Gutierrez . São Paulo/SP: Unesp, 1997.

CHAUÍ, M. **Estado de natureza, contrato social, estado civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau**. São Paulo/SP: Editora Ática, 2000.

COBBAN, A. **Rousseau and the Modern State**. Allen and Unwin, Londres, Inglaterra, 1934.

FORTES, L. R. S. **ROUSSEAU: O bom selvagem**, São Paulo/SP: Editora Humanitas, 2007.

GAY, P. **Introdução e Conclusões**. In: CASSIRER, E. **Questão Jean-Jacques Rousseau**.. São Paulo/SP: Editora UNESP, 1997.

GOUREVITCH, V. **The Religious Thought**. In: RILEY, P. (coord.) **The Cambridge Companion to Rousseau**., Londres: Cambridge University Press, 2011.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro/RJ, 1997.

HOBBS, T. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: São Paulo/SP: Martin Claret, 2014.

HULLIUNG, M. **Rousseau, Voltaire, and the Revenge of Pascal**. In: RILEY, P. (coord.) Londres: Cambridge University Press, 2011.

JAKOBS, G. **La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente**. In: Eser, Hassemer e Burkhardt. *La ciencia del derecho penal del enemigo*. Valencia, 2004.

JAKOBS, G. **Criminalización en el Estado previo a la lesión de un bien jurídico**. Madrid: Estudios de Derecho Penal, 1997.

JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris 2008.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Rio de Janeiro/RJ: Livraria do Advogado, 2015.

KELLY, C. **Rousseau's Confessions**. In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau*. Londres: Cambridge University Press, 2011.

KELLY, G. A. **A General Overview**. In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau*. Londres: Cambridge University Press, 2011.

KIRCHHEIMER, O. **Justicia política: Empleo del procedimiento legal para fines políticos**. Granada: Editorial Comares, 2001.

KRITSCH, R. **Soberania, lei, vontade geral e autoridade legítima segundo Do contrato social de Jean-Jacques Rousseau**. São Paulo/SP : Revista Espaço Acadêmico, 2011.

LANSON, G. **L' Unité de la pensée de Jean-Jacques Rousseau**. Paris : Annales de la Societé Jean-Jacques Rousseau, 1912.

LAUNAY, M. **Jean-Jacques Rousseau: Écrivain politique (1712-1762)**. Genebra-Paris: Slatkine, 1989.

LOMBROSO, C. **O Homem Delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo/SP: Editora Ícone, 2007.

MELZER, A. **The origin of the counter-enlightenment: Rousseau and the new religion of sincerity**. Nova Iorque: American Political Science Review, 1996.

MORNET, D. **ROUSSEAU. L'homme et l'oeuvre**. Paris: Boivin & Cie, 1950.

MUCHNIK, P. **An Essay on the Principles of Rousseau's anthropology**. Londres: Sage Publications, 2000.

NASCIMENTO, D. A. **Estado Securitário e biopolítica: Agamben reencontra Foucault na segunda década do século vinte e um**. Itália: Rivista Quadranti di Filosofia Contemporanea, 2018.

NASCIMENTO, M. M. **A vontade geral e o princípio da equidade**. Cadernos de Ética e Filosofia Política, n. 21. São Paulo/SP, 1995. Disponível em <revistas.usp.br> Acesso em 04 de Janeiro de 2019.

NASCIMENTO, M. M. **O contrato social - entre a escala e o programa.** Discurso. São Paulo/SP, 1988. Disponível em <revistas.usp.br> Acesso em 04 de Janeiro de 2019.

NASCIMENTO, M. M. Rousseau, a revolução e os nossos fantasmas. **Revista Discurso.** São Paulo/SP, 1980. Disponível em <revistas.usp.br> Acesso em 08 de Janeiro de 2019.

NASCIMENTO, M. M. **ROUSSEAU: Da Servidão à Liberdade.** In **Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, o Federalista.** São Paulo/SP: Ática, 1995.

PARRY, G. **Émile: Learning to Be Men, Women, and Citizens.** In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau.* Londres: Cambridge University Press, 2011.

RADBRUCH, G. **FILOSOFIA DO DIREITO.** São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2010.

RILEY, P. **Introduction:** Life and Works of Jean-Jacques Rousseau. In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau.* Cambridge University Press, Londres, 2011.

RILEY, P. **Rousseau's General Will.** In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau.* Londres: Cambridge University Press, 2011.

ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a economia política.** Tradução: Maria Constança Peres Pissarra. Petrópolis/RJ: Vozes, 2017.

ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre/RS: L&PM Editores, 2007.

ROUSSEAU, J. J. **Emile IV, O.C. IV.** Arvensa Éditions, Paris, 2014.

ROUSSEAU, J. J. **Emílio ou Da educação.** Tradução: Laurent de Saes. São Paulo/SP: Edipro, 2017.

ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social.** Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre/RS: L&PM Editores, 2007.

ROUSSEAU, J. J. **Princípios do direito da guerra.** Revista Trans/Form/Ação, Marília/SP, 2008

SANCHÉZ J. M. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2002.

SCHMITT, C. **O Conceito do Político**. Tradução: Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2017.

SHELL, S. M. **Émile**: Nature and the Education of Sophie. In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau*. Londres: Cambridge University Press, 2011.

SHKLAR, J. **Rousseau's Images of Authority (Especially in La Nouvelle Héloïse)**. In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau*. Londres: Cambridge University Press, 2011.

SOARES, L. E. **Segurança pública: presente e futuro. Estudos avançados**. São Paulo/SP. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629>> Acesso em: 06 de agosto de 2018.

VARGAS, Y. **Introduction à l'Émile de Jean-Jacques Rousseau**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

WALKER, R. B. **Why read Hobbes as a theorist of international security?**. v. 32, n. 1, p. Londres: Contexto Internacional, 2010.

WOKLER, R. **Ancient Postmodernism in the Philosophy**. In: RILEY, P. (coord.) *The Cambridge Companion to Rousseau*. Londres: Cambridge University Press, 2011.

ZAFFARONI, E. R. **Buscando o inimigo: de satã ao direito penal cool. Criminologia e Subjetividade**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro/RJ, 2017

ZAFFARONI, E.R. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro/RJ, 2017