

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29282-direito-penal-do-inimigo-e-a-problem-tica-do-enfrentamento-da-criminalidade-moderna>

Autore: Fernando José Ferreira Da Silva

Direito penal do inimigo e a problemática do enfrentamento da criminalidade moderna

DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PROBLEMÁTICA DO ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE MODERNA

Fernando José Ferreira da Silva¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar, ainda que de forma sucinta, a teoria do penalista alemão Günther Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. O citado autor é considerado um dos mais brilhantes discípulos de Hans Welzel (criador do finalismo penal). Jakobs propõe uma relevante distinção entre pessoas cidadãs e pessoas ameaçadores do sistema no que concerne ao tratamento que cada indivíduo deve receber da norma penal. Este artigo pretende confrontar as idéias centrais da proposta de Günther Jakobs com os Princípios do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, levando-se em conta que o Direito Internacional hodierno afasta qualquer *conatus* de negar ou suprimir Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Neste diapasão, o objetivo final deste estudo é demonstrar que o intenso processo de Internacionalização dos Direitos Humanos na atualidade se conflita quase que na sua totalidade com os pontos centrais da teoria do penalista alemão, qual seja, o Direito Penal do Inimigo.

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Especialista em Direito Administrativo, Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Católica Dom Bosco, Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Metodista de Piracicaba sob a orientação do Prof. Dr. Rui Décio Martins.

PALAVRAS CHAVES:

Direito Penal do Inimigo; Günther Jakobs; Internacionalização dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

This work has the aim to analyze, albeit briefly, the theory of German criminal Günther Jakobs, called Criminal Law of the Enemy. The cited author is considered one of the brightest students of Hans Welzel (creator of finalism criminal). Jakobs proposes a relevant distinction between citizens and those persons threatening the system with respect to the treatment that each should receive from the criminal standard. This article intends to confront the central ideas of the proposed Günther Jakobs with the principles of international law known as Human Rights, taking into account that today's international law removes any conatus to deny or suppress fundamental rights of humanbeings. In pitch, the ultimate goal of this study is to demonstrate that the intense process of internationalization of human rights in conflicts today are almost entirely with the central points of the theory of German criminal, namely, the Criminal Law of the Enemy.

KEY WORDS:

Criminal Law of the Enemy; Günther Jakobs; Internationalization of Human Rights.

ABSTRACT

Diese Arbeit hat zum Ziel, zu analysieren, wenn auch nur kurz, als die Theorie der deutschen Kriminalgeschichte Günther Jakobs, Strafrecht des Feindes. Der zitierte Autor gilt als einer der hellsten Köpfe von Hans Welzel (Schöpfer der Finalismus Strafverfahren). Jakobs schlägt ein relevanter Unterschied zwischen den Bürgern und Personen bedrohen das System mit Bezug auf die Behandlung, daß jeder von der Straf-Standard empfangen. Dieser Artikel beabsichtigt, die zentralen Ideen der vorgeschlagenen Günther Jakobs mit den Grundsätzen des Völkerrechts, wie Menschenrechte bekannt zu stellen, unter Berücksichtigung, dass die heutige Völkerrecht entfernt alle conatus zu leugnen oder zu unterdrücken, die Grundrechte des Menschen. In der Tonhöhe, ist das endgültige Ziel dieser Studie zeigen, dass die intensiven Prozess der Internationalisierung der Menschenrechte in Konflikten heute fast ausschließlich mit der zentralen Punkte der Theorie der deutschen Kriminalgeschichte, nämlich das Strafrecht des Feindes.

STICHWORTE:

Criminal Law of the Enemy, Günther Jakobs; Internationalisierung der Menschenrechte.

INTRODUÇÃO

Toda vez que se pretende um duelo, uma disputa ou, de modo geral, iniciar um movimento de inquietação, deve-se escolher alguém ou alguma entidade para mostrar inconformismo

com a situação que se pretende modificar. No pensamento de Jakobs isso não é diferente.

Inimigo, para ele, é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por conseqüência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.²

Neste diapasão, trata-se de um indivíduo que abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.³

Há uma espécie de “zona cinzenta” entre o criminoso comum e o inimigo do Estado, para o Professor Silva Sánchez, a transição do “cidadão”, para o “inimigo” seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinqüência profissional e, principalmente e de maneira final, a integração deste indivíduo em organizações delitivas com estrutura de poder paralelo.⁴

Ainda nesta linha de pensamento, é importante destacarmos alguns exemplos trazidos por Günther Jakobs que, em tese, configurariam exemplos de “inimigos do Estado”. São eles: terroristas, autores de crimes econômicos de grande vulto, integrantes de organizações criminosas e, ainda, de maneira residual e a depender do caso concreto, autores de infrações penais graves e perigosas. O Penalista alemão ainda cita em sua obra a título de exemplo o trágico 11 de setembro, quando ocorreu o ataque terrorista às torres gêmeas na cidade de Nova York.⁵

² MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal - Parte Geral**. 2ª Edição, Editora Método, 2009, p. 83.

³ Idem.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, RT, 2002, p.149.

⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, 2003, p. 39.

EXPANSÃO, DIREITO E INSEGURANÇA NA SOCIEDADE HODIERNA.

A proposta idealizada por Jakobs na atualidade é apontada como a “terceira velocidade do direito penal”, vale dizer, os defensores da citada teoria, afirmam que só poder haver combate efetivo das organizações criminosas, se houver diminuição ou até mesmo supressão de direitos e garantias individuais. Neste sentido, se aplicarmos a teoria do direito penal do inimigo (terceira velocidade do direito penal), *ipsis litteris*, estaremos admitindo a possibilidade de cercear o direito a defesa, direito ao contraditório, ampla defesa e até mesmo a admissão no processo de provas obtidas através de tortura. Como se percebe, a teoria é bem polêmica e encontra na sociedade atual muitas críticas, mas também alguns adeptos.

Diante da insegurança atual, gerada pelo Incremento visível da criminalidade que parece não conhecer escalas, constatamos a denominada “expansão do direito penal”. De acordo com o Prof. Silva Sánchez, a escolha do direito penal para o desempenho da tarefa de tranquilizador social não se dá ao acaso. Em que pese o advento do risco e da sensação de insegurança pudesse conduzir à expansão de outros mecanismos sociais, tais opções ou são insuficientes, ou inexistentes ou ainda desprestigiadas.⁶

De qualquer maneira, o que se constata é que as características da sociedade atual consolidam a expansão de um direito penal, que, de acordo com o Professor Rogério Greco não reconhece outra eficácia “senão a de tranquilizar a opinião pública”, limitando-se a um efeito meramente simbólico, “vale dizer, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, op. cit., p. 48.

ao acreditarem que eles não existem, abrandando-se a ansiedade, ou, mais claramente, mente-se”.⁷

No que tange ao plano Internacional, podemos afirmar que o Direito Penal do Inimigo é motivado ainda mais por atitudes de certos países, como exemplo temos o caso da prisão de Guantánamo mantida pelos Estados Unidos em Cuba, que reflete indubitavelmente ainda hoje diversas violações a direitos fundamentais.

Ocorre que, além deste exemplo, a limitação ou até mesmo supressão de direitos e garantias individuais passa a ser legitimada pela já referida proposta de Günther Jakobs, isto é, O Direito Penal do Inimigo. Neste sentido, é deveras importante citarmos a teoria proposta por Günther Stratenwerth, denominada “O Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade”, que pugna pela prevalência dos direitos difusos da sociedade, deixando em segundo plano os interesses individuais.

Retornando à teoria de Jakobs, objeto central de nosso estudo, podemos afirmar que para o respeitado penalista, as garantias pessoais que emanam do Direito, possuem como destinatários indivíduos que cumprem com as expectativas necessárias para se manter o equilíbrio do Estado de Direito (*Rechstaat*).⁸ Neste diapasão, se alguém se revela incapaz de viver em harmonia dentro de uma determinada sociedade, não pode fazer jus ao chamado “Estado cidadão”, devendo então ser considerado um “inimigo”, e por conseqüência, ser privado de direitos e garantias materiais ou processuais.

⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.nadiatimm.jor.br/009/Materias/EspacoLivre/direitopenal.htm>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2010.

⁸ O *Rechstaat* ou Estado de Direito teve origem na Alemanha.

DIREITOS HUMANOS E A CONTRARIEDADE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Para balizar a sua posição e dar força aos seus argumentos, Jakobs utiliza clássicos das Ciências Humanas. Por exemplo, para dizer que o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, pois está em guerra contra ele, logo, deve morrer como tal; utiliza Rousseau. Ainda neste sentido, para afirmar que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo; utiliza Hobbes. E para dizer que quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo; utiliza Kant.

Sendo assim, a teoria de Jakobs tem um lastro filosófico considerável, entretanto, nem tudo que é lógico e filosoficamente considerável pode ser aceito como solução para os problemas da realidade. É indispensável, antes de aplicar quaisquer teorias na prática, observar as suas repercussões sociais, assim como verificar se essa solução não representa um retrocesso na evolução da humanidade ou até mesmo uma contrariedade evidente.

As diversas afirmações de Jakobs são, sem sombra de dúvida, muito polêmicas e discutíveis. Por alguns é chamada de “teoria nazista”, para outros podemos extrair de sua teoria idéias “compreensíveis”. Em que pese haja muitas divergências de opiniões pela polêmica do assunto, é mister afirmarmos que as bases do Direito Penal do Inimigo, ao nosso ver, com a devida venia, estão longe de se amoldarem aos parâmetros mínimos de Direitos Humanos.

Essa forçosa conclusão se deve ao caráter descartável dado por Günther Jakobs à humanidade ou à condição humana. Neste

sentido surge o principal problema de sua teoria: há muito tempo os direitos e garantias individuais são vistos como fatores que todos os indivíduos possuem, não sendo, assim, um conceito vago ou simples, como o autor alemão pretende alegar.

O jurista Fábio Konder Comparato apresenta as diversas fases para se chegar à denominada “afirmação dos direitos humanos”. Neste diapasão, o respeitado jurista desenvolve em seu trabalho um importante retrospecto histórico até chegar nos pensadores tido como modernos, como é o caso de Kant e Nietzsche.

Comparato apresenta reflexões feitas durante o desenvolvimento do pensamento ocidental que serviram de base para uma identificação da natureza humana, pertencente a todo e qualquer indivíduo e dotadas de capacidade para lhe conferir o direito a garantias mínimas.⁹

Percebe-se, com isso, que seja no âmbito interno de um determinado país, seja no âmbito do Direito Internacional, a dignidade da pessoa humana deve ser vista como uma espécie de paradigma insuperável.

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS.

Em termos exemplificativos, observa-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu início estabelece a dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Esta afirmação é repetida em outros instrumentos de âmbito Internacional, vale dizer, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Edição, Editora Saraiva, 2001, p. 26.

dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Utilizando-se de outras expressões, mas com o mesmo conteúdo, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”.

Novamente no que concerne ao texto da Declaração Universal, nota-se que, em seu Artigo I, “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. No Artigo VI, enfatiza-se que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

Afirmações semelhantes a essas são localizadas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 16), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 3) e na denominada Carta Africana de Direitos Humanos (art. 5), corroborando uma espécie de alinhamento dos sistemas regionais posteriormente elaborados.

Oportuno ainda, por derradeiro, abordarmos de maneira sucinta, a Convenção Internacional Sobre a Supressão de Atentados Terroristas bom Bombas datada de 1997, que chancelou a dignidade da pessoa humana como algo imprescindível para a evolução da humanidade.

Nos Artigos 7, 8, 13 e 14, o documento em tela estabelece os seguintes direitos para qualquer pessoa apresentada como suspeito pelos delitos de atentado (definidos em seu artigo 2): comunicação com o Estado de sua nacionalidade (ou com território em que resida); visita de representante desse Estado; informação sobre os seus direitos; instauração de processo destinado a apurar a sua responsabilidade em período razoável; manifestação de seu consentimento sobre transferência para outra Estado (a fim de

participar de ato judicial); e, ainda, tratamento justo, incluindo-se o usufruto de todos os direitos e garantias de conformidade com a lei do Estado em cujo território estiver, bem como os direitos aplicáveis ao direito internacional, dentre os quais refere-se expressamente o direito internacional em matéria de direitos humanos.

Diante de todos esses Instrumentos Internacionais que garantem de forma expressa a dignidade da pessoa humana, nos parece que há uma espécie de consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, por seu turno, irreduzível no âmbito Nacional ou Internacional. Essa conclusão parece afastar ainda mais a proposta de Jakobs em seu “Direito Penal do Inimigo”.

Por conclusão, podemos afirmar que quando confrontamos o Direito Penal do Inimigo e a Internacionalização dos Direitos Humanos, constatamos que a teoria de Günther Jakobs parece não encontrar respaldo para se legitimar enquanto proposta hodierna de combate à criminalidade, nem mesmo quando refletimos em uma das questões abordadas no presente artigo, vale dizer, a “expansão do direito penal”.

CONCLUSÕES FINAIS.

Conforme explanamos no estudo em tela, não podemos admitir a supressão de direitos e garantias consagrados pelo ordenamento jurídico interno brasileiro e também por diversos Instrumentos Internacionais oportunamente abordados no presente artigo. Se pensarmos pela ótica dos adeptos da teoria de Jakobs, estaríamos regredindo e deixando de avançar no processo de evolução social.

Conforme visto, há na atualidade diversos críticos e poucos defensores da Teoria do alemão Günther Jakobs e, com a globalização e o incremento da criminalidade este interessante debate caminha para novos rumos e deve ter sua evolução acompanhada pelos Operadores do Direito e pela Comunidade Jurídica como um todo. Parece que, de maneira acertada, há na atualidade ainda a existência de um mínimo ético com caráter imprescindível no que concerne ao tratamento dos indivíduos, mínimo este que não pode ser reduzido no âmbito do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição, Editora Forense, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal – introdução à sociologia do Direito penal**. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Editora Reva: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Edição, Editora Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <<http://www.nadiatimm.jor.br/009/Materias/EspacoLivre/direitopenal.htm>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2010.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, 2003.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal - Parte Geral**. 2ª Edição, Editora Método, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Ele enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006.