
SOBRE O CHAMADO DIREITO PENAL DO INIMIGO

*Luís Greco**

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. O direito penal do inimigo em Jakobs. 3. A controvérsia na literatura. 3.1. A discussão de 1985 até a virada do milênio; 3.2. A discussão na e depois da virada do milênio. 4. A necessária distinção conceitual prévia 5. Direito penal do inimigo como conceito afirmativo-legitimador. 6. Direito penal do inimigo como conceito descritivo. 7. Direito penal do inimigo como conceito denunciador-crítico; 8. Conclusão.

RESUMO: O estudo reflete sobre o chamado direito penal do inimigo, que vê no delinqüente não um cidadão a ser respeitado, mas sim um foco de perigo a ser neutralizado. O autor considera a idéia, antes de mais nada, ambígua, e por isso realiza certas distinções analíticas por ele consideradas urgentes, chegando a três conceitos diversos de direito penal do inimigo: um descritivo, um crítico e um legitimador. A seguir, submete o autor cada um destes conceitos a um exame crítico em separado e conclui no sentido de que o termo direito penal do inimigo carece de qualquer utilidade para a ciência do direito penal.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo – Funcionalismo – Garantismo – Fins da pena.

ABSTRACT: This work reflects the so-called criminal law of the enemy, that sees in the outlaw not a citizen to be

Mestre pela Universidade Ludwig Maximilians de Munique, Alemanha; doutorando na mesma instituição; wissenschaftlicher Mitarbeiter junto à cátedra do Prof. Bernd Dr. h. c. Schönemann.

respected, but a source of danger to be neutralized. The author considers the idea primarily ambiguous, and makes certain analytical distinctions considered urgent, reaching three different concepts of criminal law of the enemy: one descriptive, one critical and one legitimizing. Thereafter the author submit each one of the concepts separately and concludes that the term criminal law of the enemy has no utility for the criminal law science.

1 . Considerações introdutórias

Poucos temas provocam tomadas de posição tão decididas e apaixonadas quanto a idéia do “direito penal do inimigo”. Mas, curiosamente, a introdução do conceito por *Jakobs* duas décadas atrás ou mal foi notada, ou foi aplaudida como uma “impressionante defesa da liberdade dos cidadãos.”¹ Já a retomada do conceito por seu criador em algumas publicações mais recentes caiu como uma bomba sobre a ciência do direito penal,² cujo estrondo só está sendo superado pelas veementes reações que a idéia está gerando. O objetivo primário do presente estudo é menos a formulação de mais um posicionamento neste já quase saturado debate, do que contribuir para a sua *clareza analítica*. Parece-me que o tal direito penal do inimigo não é algo tão claro e unívoco quanto geralmente se supõe, sendo necessário realizar algumas precisões para que o debate possa tornar-se de fato fecundo. Dificilmente pode-se discutir a respeito de algo que mal se sabe o que é.

Por isso resumirei, primeiramente, as idéias de *Jakobs* sobre o direito penal do inimigo (abaixo 2), para depois sintetizar a discussão (alemã e internacional) em seus aspectos essenciais (abaixo 3). Num terceiro momento procederei ao esclarecimento conceitual que disse me parecer urgente (4), e apenas então procederei a uma avaliação da idéia do direito penal do inimigo (5-7). O estudo concluirá pela quase total infecundidade do conceito, de modo que melhor seria que ele voltasse a seu *status* prévio de opinião isolada que habita no máximo notas de rodapé.

¹ Assim, *SCHROEDER, F.-C.*, em *Gropp*, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung. Frankfurt: 1985 In: a. M., in: ZStW 97 (1985), p. 919 e ss. (p. 926).

² *SCHÜNEMANN*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, In: GA 2001, p. 205 e ss. (p. 210) fala de uma “bomba com cronômetro”.

2. O direito penal do inimigo em Jakobs

Em 1985 tentou *Jakobs* fixar limites materiais a “criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico” por meio do par conceitual direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.³ Para *Jakobs*, é possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor da qual ele parte. O direito penal pode ver no autor um *cidadão*, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal,⁴ na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior;⁵ ou pode o direito penal enxergar no autor um *inimigo*, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.⁶ “O direito penal do inimigo otimiza proteção de bens jurídicos, o direito penal cidadão otimiza esferas de liberdade.”⁷ Ao contrário de uma difundida opinião, *Jakobs* não vê no princípio da proteção de bens jurídicos uma idéia liberal, mas o responsabiliza pelas cada vez mais freqüentes antecipações da proibição penal.⁸

Só serão legítimas aquelas criminalizações que respeitem a esfera privada do cidadão.⁹ Apenas um comportamento que perturbe já objetivamente, isto é, externamente, que vá além dessa esfera privada do autor, pode vir a ser relevante para o direito penal.¹⁰ Se for necessário recorrer a dados subjetivos ou internos para

³ JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (p. 753 e ss.).

⁴ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 753.

⁵ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 753 e ss., especialmente p. 761.

⁶ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 753.

⁷ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 756.

⁸ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 752.

⁹ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 761, 762.

¹⁰ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 761, 762.

chegar à dimensão perturbadora do comportamento, se o comportamento parecer externamente inofensivo, só vindo a revelar-se problemático a partir de nosso conhecimento do que pensa ou deseja o agente, então será o dado subjetivo que na verdade está fundamentando a punição. Noutras palavras, está-se violando o princípio de que não se podem punir pensamentos: *cogitationis poenam nemo patitur*.¹¹

Jakobs parte para uma interpretação ou redução teleológica de diversas normas de direito positivo, no intuito de adequá-las às exigências do direito penal do cidadão. Nos casos em que tal não se mostra possível, a norma é declarada ilegítima. Exemplo de interpretação restritiva / redução teleológica: *Jakobs* restringe a extensa punibilidade da tentativa segundo o direito alemão (que considera puníveis quase todas as tentativas inidôneas) exigindo um adicional pressuposto objetivo, a saber, que o “autor se irroque no direito de organizar algo que cabe à vítima,”¹² noutras palavras, que o autor intervenha na esfera juridicamente protegida da vítima. Tal seria um retorno à antiga teoria da ausência de tipo (*Mangel am Tatbestand*)¹³ – tida por superada na atual discussão alemã – segundo a qual a tentativa inidônea sequer representaria início da execução de qualquer tipo, devendo portanto permanecer impune.¹⁴ Exemplo de norma declarada ilegítima: os chamados delitos de proteção do clima (como o § 140 do Código Penal alemão, recompensa e apologia de fato criminoso), nos quais o autor não intervém em qualquer círculo de organização alheio, não podem ser legitimamente punidos num direito penal do cidadão.¹⁵

¹¹ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 755, 761, 762.

¹² JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 763.

¹³ JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 764.

¹⁴ A teoria ou sequer mencionada nos atuais manuais e comentários (por ex., SK-Rudolphi, vor § 22/11 e ss., § 22/24 e ss.) ou é recusada com poucas palavras (por ex., Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 530).

¹⁵ JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 779, 781.

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude “despreocupadamente positivista.”¹⁶ O direito penal do inimigo “só se mostra legitimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional”, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação.¹⁷ Na discussão que se seguiu à conferência, declarou *Jakobs* mesmo sua esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o direito penal do inimigo impossível, considerando uma tal interpretação da constituição já atualmente aceitável, se bem que não como a única que se poderia defender.¹⁸

Não foram, porém, estas manifestações que acenderam a atual polêmica, e sim os estudos mais recentes, que parecem relativizar em muito o tom crítico e, segundo a interpretação que se lhes costuma dar, buscam mesmo uma extensa legitimação do direito penal do inimigo.

Jakobs repete a antiga exigência de que direito penal do cidadão e do inimigo sejam visivelmente separados, pois só assim se pode evitar que o direito penal do inimigo penetre no direito penal do cidadão.¹⁹ Mas agora *Jakobs* sublinha que a distinção serve apenas a fins descritivos, e não críticos.²⁰ Em seu estudo mais extenso, realiza *Jakobs* uma incursão à história da filosofia política iluminista, de *Hobbes* até *Kant*, apresenta diversas

¹⁶ *JAKOBS*, ZStW 97 (1985), p. 751.

¹⁷ *JAKOBS*, ZStW 97 (1985), p. 784.

¹⁸ Cf. *GROPP*, ZStW 97 (1985), p. 929.

¹⁹ *JAKOBS*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Eser et alii (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, p. 47 e ss. (p. 53); Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Yu-hsui Hsu (ed.), Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An anthology in memory of Professor Fu-Tsen Hung, Taipei, 2003, p. 41 e ss. (p. 61).

²⁰ *JAKOBS*, SELBSTVERSTÄNDNIS..., p. 51 e ss.; Bürgerstrafrecht...: a denominação direito penal do inimigo “não é, em princípio, pejorativa” (p. 41), e p. 55.

fundamentações para um tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos,²¹ e em seguida formula a sua própria explicação.²² A seu ver, normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação.²³ É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio,²⁴ é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo,²⁵ e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito.²⁶ Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.²⁷

Mas apesar desta estrita separação entre natureza e sentido, o plano do sentido não é tão independente do plano da natureza quanto se poderia à primeira vista imaginar.²⁸ Por ex., se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio. E o mesmo vale para a personalidade do autor.²⁹ Pessoa, em

²¹ JAKOBS, Bürgerstrafrecht..., p. 43 e ss.

²² Falo aqui conscientemente em “explicação” e não em “fundamentação”, para ser mais fiel ao caráter supostamente descritivo das idéias de Jakobs.

²³ Cf. JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft, 2. ed., Berlin, 1999, p. 55.

²⁴ Cf. JAKOBS, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, p. 30.

²⁵ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin / New York, 1993, § 1/4; cf. ademais Luhmann, Rechtssoziologie, 3. ed., Opladen, 1987, p. 43, para o qual normas nada mais são que expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente.

²⁶ Cf. JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 848: “A ‘destruição de uma vida humana’ é, em si, nada mais que simples natureza; apenas uma norma, fundamentada no que quer que seja, faz do sistema psico-físico ‘ser humano’ um ser humano, que não pode ser morto sem fundamento”; além disso, p. 859.

²⁷ Cf. JAKOBS, Schuld und Prävention, Tübingen, 1976, p. 10; Strafrecht..., § 1/6.

²⁸ JAKOBS, Bürgerstrafrecht..., p. 49-50; Personalidad y exclusión en derecho penal, in: Montealegre Lynett (ed.), El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Jakobs, trad. Manso Porto, Bogotá, 2003, p. 73 e ss. (p. 85).

²⁹ JAKOBS, Bürgerstrafrecht..., p. 50 e ss.

Jakobs, é um termo técnico, que designa o portador de um papel,³⁰ isto é, aquele em cujo comportamento conforme à norma se confia e se pode confiar. “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bençãos do conceito de pessoa.”³¹ Inimigos são “a rigor não-pessoas,”³² lidar com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem.”³³ Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.³⁴ Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança,³⁵ a custódia de segurança³⁶ e as prisões de Guantánamo.³⁷

O tom parece portanto ter se modificado bastante em relação a 1985. Os dispositivos do direito material³⁸ e processual³⁹ vigentes não são mais interpretados levando

³⁰ Sobre o conceito de papel, cf. *JAKOBS*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Dornseifer u. a. (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 271 e ss. (p. 286); *Handlungsbegriff...*, p. 39; *ZStW 107* (1995), p. 859; *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Madrid, 1996, p. 97; *Personalidad...*, p. 73. Observe-se que, nos escritos mais recentes, há um progressivo afastamento de um conceito sociológico, fundado em posições sociais, em favor de um conceito jurídico, referido a direitos e obrigações.

³¹ *JAKOBS*, *Bürgerstrafrecht...*, p. 52.

³² *JAKOBS*, *Selbstverständnis...*, p. 53.

³³ *JAKOBS*, *Staatliche Strafe...*, p. 41.

³⁴ *JAKOBS*, *Selbstverständnis...*, p. 52 f.; *Personalidad...*, p. 87.

³⁵ Ambos em *JAKOBS*, *Staatliche Strafe...*, p. 41.

³⁶ *JAKOBS*, *Staatliche Strafe...*, p. 42. Esta medida de segurança que em alemão se chama *Sicherungsverwahrung* é prevista no § 66 do *StGB*, consistindo numa privação de liberdade imposta a pessoas consideradas perigosas que pode ser aplicada inclusive depois do cumprimento de pena privativa de liberdade.

³⁷ *JAKOBS*, *Staatliche Strafe...*, p. 44.

³⁸ *JAKOBS*, *Bürgerstrafrecht...*, p. 57.

³⁹ *JAKOBS*, *Bürgerstrafrecht...*, p. 53 e ss.

em conta a sua compatibilidade com o modelo do direito penal do cidadão, mas são expostos apenas com fins ilustrativos. E se em 1985 o direito penal do inimigo se legitimava só em casos de excepcional emergência, agora diz *Jakobs* não apenas que “as duas perspectivas têm seu âmbito legítimo, o que também significa que elas podem ser aplicadas no âmbito errado,”⁴⁰ como também admite sem maiores dificuldades o estado de emergência: “inexiste, atualmente, qualquer alternativa visível ao direito penal do inimigo.”⁴¹ Lê-se ademais: “Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito (*darf*) de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas. Seria portando completamente errado demonizar aquilo que está se chamando de direito penal do inimigo.”⁴² Uma passagem um tanto obscura poderia ser mesmo entendida como uma defesa das guerras do Iraque e do Afeganistão, ou da caçada a Bin Laden: “(...) contra os violadores de direitos humanos, que não oferecem, de certo, garantia suficiente de que se comportarão como pessoas em sentido jurídico, é em si permitido tudo aquilo que é permitido no estado de natureza (...); esse extenso direito é também exercido faticamente, uma vez que se começa uma guerra, ao invés de mandar-se a polícia para executar uma ordem de prisão.”⁴³

Mas não se pode esquecer que há passagens que podem ser entendidas como críticas. Primeiro deixa *Jakobs* expressamente em aberto a pergunta quanto a se o direito penal do inimigo é conceitualmente direito.⁴⁴ Em segundo lugar, o direito vigente ainda é criticado em

⁴⁰ *JAKOBS*, Bürgerstrafrecht..., Sp. 55-56.

⁴¹ *JAKOBS*, Selbstverständnis ..., p. 53.

⁴² *JAKOBS*, Bürgerstrafrecht ..., p. 56.

⁴³ *JAKOBS*, Staatliche Strafe ..., p. 47.

⁴⁴ *JAKOBS*, Selbstverständnis ..., p. 51.

momentos isolados: a punição do acordo para praticar um crime segundo o direito alemão (§ 30 StGB) é recusada, porque aqui se trata de direito penal do inimigo, utilizado no lugar errado, pois aqueles que se comprometem uns com os outros a praticar um fato criminoso não são necessariamente pessoas perigosas e desmerecedoras de confiança.⁴⁵ Críticas similares são dirigidas ao tipo de associação criminosa ou terrorista (§§ 129, 129a).⁴⁶ Não vejo, porém, outros exemplos de uma tal utilização crítica do par conceitual direito penal do cidadão e do inimigo nos trabalhos mais recentes.⁴⁷

3. A controvérsia na literatura

Agora tentaremos fornecer um pequeno resumo da discussão. O objetivo não é reproduzir cada nuance do debate, muito menos tomar posição a respeito, mas sim abrir caminho para as próprias considerações. Talvez o aspecto mais interessante desta discussão seja oferecer ela um exemplo único de intercâmbio de idéias verdadeiramente internacional, isto é, de um fenômeno que oxalá se torne cada vez mais freqüente.

3.1. A discussão de 1985 até a virada do milênio

As primeiras respostas não foram muito críticas.⁴⁸ No relatório das discussões ocorridas no congresso de

⁴⁵ JAKOBS, Bürgerstrafrecht ..., p. 56 e ss.

⁴⁶ Inicialmente já nas discussões orais após a primeira conferência, cf. *Ambos*, Bericht über die Diskussion zum Thema "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit", in: Eser et alii, Strafrechtswissenschaft..., p. 101 e ss. (p. 106); mais detalhadamente *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 46.

⁴⁷ O fato de que o direito penal internacional seja considerado direito penal do inimigo (cf. *Jakobs*, Staatliche Strafe..., p. 47 e s.), não pode de modo algum ser univocamente visto como uma crítica.

⁴⁸ Muitos falam até de uma aceitação geral na doutrina, cf. *Lorenz Schulz*, ZStW 112 (2000), p. 653 e ss. (659); *Schünemann*, GA 2001, p. 211; cf. ademais a nota de rodapé 1.

1985, encontram-se várias manifestações positivas, que ou cuidam de aspectos dogmáticos da distinção entre direito penal do cidadão e do inimigo,⁴⁹ ou se limitam a criticar aspectos secundários, como a falta de clareza,⁵⁰ ou não apenas acatam de todo a idéia, mas também a levam adiante.⁵¹ No congresso de professores de direito penal de 1985, objeções foram um fato singular.⁵²

Até a virada do milênio, permaneceu o direito penal do inimigo uma figura quase que ignorada. Ou se utilizava o conceito para descrever criticamente tendências da moderna legislação penal,⁵³ ou se cuidava mais de problemas dogmáticos específicos.⁵⁴ Houve também uma tentativa isolada de formular condições de legitimidade de um inevitável direito penal do inimigo, tentativa essa que não atraiu atenção alguma.⁵⁵

3.2. A discussão na e depois da virada do milênio

Já as manifestações mais recentes de *Jakobs* provocaram apaixonadas reações. Na Alemanha respondeu-se principalmente à palestra proferida no congresso sobre “A ciência jurídico-penal alemã diante da virada do milênio”, enquanto no exterior levou-se em conta

⁴⁹ Vgl. *PUPPE*, em *Gropp*, ZStW 97 (1985), p. 920.

⁵⁰ *Hirsch*, no mesmo local, p. 921, 922; *Lampe*, idem, 923; *Tiedemann*, idem, p. 924.

⁵¹ *Naucke*, idem, p. 925.

⁵² Pelo que vejo, a única manifestação crítica veio de *Callies*, idem, p. 921.

⁵³ *Hassemer*, Das Schicksal der Bürgerrechte im “effizienten” Strafrecht, in: StV 1990, p. 328 e ss. (p. 329); P.-A. *Albrecht*, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionstaat, in: KritV 1998, 182 e ss. (p. 202); *Frehsee*, Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse, StV 1996, p. 222 e ss. (p. 227).

⁵⁴ Veja-se, de um lado, *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, p. 81, 89, que, partindo de diversos fundamentos, acaba aceitando em suas conclusões a exigência formulada por *Jakobs* de que o injusto deve consistir numa perturbação externa; e, de outro, *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, p. 182 e ss. (em especial p. 188), que recusa a idéia como um todo.

⁵⁵ *Dencker*, Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung, StV 1988, p. 262 e ss. (p. 266).

também um estudo mais extenso, cuidadosamente traduzido por Cancio Meliá.⁵⁶

Ao que parece, os debates orais logo após a palestra nem foram tão calorosos,⁵⁷ mas não foi necessário esperar muito até que outros autores clamassem seu direito de participar na discussão. Formularam-se os mais diversos argumentos, quase todos apresentando, porém, um traço comum: uma postura crítica, para não dizer escandalizada. Questionaram-se primeiramente as duas premissas empíricas da argumentação de *Jakobs*, a saber, que o direito penal do cidadão só poderia ser salvo se dele fosse separado o direito penal do inimigo,⁵⁸ e que inexistiria qualquer alternativa ao direito penal do inimigo.⁵⁹ Perguntou-se, ademais, se a diagnose em si crítica do direito penal do inimigo não acabaria, de alguma maneira, por legitimá-lo.⁶⁰ Outros tentaram valer-se da categoria para criticar determinados fenômenos, como os agentes infiltrados,⁶¹ a custódia de segurança,⁶² a europeização do direito penal⁶³ ou o direito penal internacional.⁶⁴ Mas o alvo principal das críticas foi o suposto

⁵⁶ *JAKOBS*, Derecho penal ciudadano y derecho penal del enemigo, in: *Jakobs/Cancio Meliá*, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 19 e ss. Este estudo corresponde ao segundo trabalho citado à nota 19.

⁵⁷ Síntese em *Ambos*, Bericht..., p. 101 e ss. (p. 103 e ss.) e *Nuzinger/Sauer*, Tagungsbericht: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, In: *JZ* 2000, p. 407 e ss. (p. 407).

⁵⁸ *SCHULZ*, *ZStW* 112 (2000), p. 662; *Kunz*, "Gefährliche" Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung, In: *Festschrift für Eser*, München, 2005, p. 1375 e ss. (p. 1389); *Prittowitz*, Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo* (Hrsg.), *La política criminal em Europa*, Madrid, 2003, p. 107 e ss. (p. 119).

⁵⁹ *Schünemann*, *GA* 2001, 212; *Prittowitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 118.

⁶⁰ *PUPPE*, em *Nuzinger/Sauer*, *JZ* 2000, p. 407; *Schulz*, *ZStW* 112 (2000), p. 663 s.

⁶¹ *LÜDERSSEN*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, in: *Roxin/Widmaier* (eds.), *Festschrift 50 Jahre BGH*, Bd. IV, 2000, p. 883 e ss. (p. 908 e ss.).

⁶² *Kunz*, *Gefährliche Rechtsbrecher...*, p. 1386 e ss.

⁶³ *Prittowitz*, *Nachgeholt* Prolegomena zu einem künftigen *Corpus Juris Criminalis* für Europa, in: *ZStW* 113 (2001), p. 774 e ss. (p. 795); contra, *Lüderssen*, *Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung*, *GA* 2003, p. 71 e ss. (p. 79).

⁶⁴ *PASTOR*, Daniel. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional, 2004 (no prelo), texto à nota de rodapé 47 e ss. Este artigo, bem como os demais trabalhos inéditos que abaixo menciono, serão citados não a partir do número de página, mas sim do número da nota de rodapé a que corresponde o trecho a que me refiro.

direito do estado de recusar a seres humanos o *status* de pessoa.⁶⁵ o conceito do direito penal do inimigo significaria uma volta a idéias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de *Mezger* ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de *Carl Schmitt*,⁶⁶ a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito,⁶⁷ ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros;⁶⁸ ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal;⁶⁹ ela configuraria um inadmissível direito penal de autor.⁷⁰ Contra quase todos os outros aspectos do conceito formularam-se adicionais objeções: o direito penal teria que permanecer estranho a quaisquer idéias bélicas;⁷¹ a idéia do direito penal do inimigo seria demasiado imprecisa

⁶⁵ SCHÜNEMANN, GA 2001, p. 211 e ss.; *Muñoz Conde*, El derecho penal del enemigo, México D. F., 2003, p. 28; *Velásquez Velásquez*, El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, 2004 (palestra inédita), texto à nota de rodapé 83 e ss.

⁶⁶ *ESER*, Schlußbetrachtungen, in: Eser et ali (eds.), Deutsche Strafrechtswissenschaft..., p. 437 e ss. (p. 444), e *Düx*, Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten, ZRP 2003, p. 189 e ss. (p. 194) falam numa proximidade ao pensamento nacional-socialista em geral; *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 116, *elásquez Velásquez*, El funcionalismo..., e *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, Baden Baden, 2002, p. 137 e ss., traçam o paralelo com Carl Schmitt; *Muñoz Conde*, Derecho penal del enemigo..., p. 26 e ss. fala em contatos com Mezger.

⁶⁷ *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2ª edição, Berlin, 2004 (1ª edição 2002), p. 62; *Demetrio Crespo*, Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo", Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 2004/A, p. 47 e ss. (p. 50); *Pastor*, Derecho penal del enemigo..., texto à nota de rodapé 111.

⁶⁸ *Ambos*, Der allgemeine Teil..., p. 62; *Prittwitz*, Derecho penal del enemigo..., p. 119.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Derecho penal del enemigo..., p. 34.

⁷⁰ *CANCIO MELIÁ*, "Derecho" penal del enemigo? p. in: Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo..., p. 57 e ss. (p. 94, p. 100 e ss); *Hefendehl*, La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor, in: Derecho penal y criminología 75 (2004), Colômbia, p. 57 e ss. (p. 64); *Demetrio Crespo*, Del derecho penal liberal..., p. 50.

⁷¹ *Prittwitz*, Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg, in: Festschrift für Lüderssen, 2002, p. 499 e ss. (p. 513); diversamente, H. *Schneider*, Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?, ZStW 113 (2001), p. 499 e ss., p. 504, 506, 515, que quer valer-se da teoria escolástica da guerra justa no lugar do direito penal do inimigo, por ele considerado uma concepção belicista.

e de todo inadequada ao sutil trabalho dogmático e político-criminal de que necessita o direito penal moderno;⁷² a rigor, o direito penal do inimigo sequer seria conceitualmente direito penal ou direito,⁷³ a idéia decorreria de raciocínios circulares;⁷⁴ tratar indivíduos como inimigos não seria funcional para reestabilizar a norma violada em sua vigência;⁷⁵ o problema do controle dos inimigos não poderia ser resolvido pelo direito penal, mas sim por outros ramos do direito.⁷⁶ Ofereceram-se também várias diagnoses: o direito penal do inimigo seria conseqüência de um excessivo eficientismo, mas apesar disso ineficaz;⁷⁷ ele decorreria do funcionalismo de Luhmann, para qual apenas interessa a manutenção do sistema,⁷⁸ ou de uma combinação entre o direito penal simbólico e o direito penal punitivista;⁷⁹ ou ele representaria nada mais do que a estrutura geral dos discursos jurídico-penais autoritários.⁸⁰

Registrem-se também as vozes isoladas que manifestaram seu assentimento à idéia, ou declarando que o direito penal do inimigo seria legítimo em situações de emergência, mas apenas enquanto se tratasse do mal menor⁸¹ ou afirmando que não se pode ter qualquer dúvida de que o direito penal do inimigo seria direito.⁸²

⁷² SCHÜNEMANN, GA 2001, 211 e ss.

⁷³ MELIÁ, *Cancio*. "Derecho penal del enemigo...", p. 99; *Pastor*, Derecho penal del enemigo..., texto à nota de rodapé 111.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, GA 2001, p. 212.

⁷⁵ MELIÁ, *Cancio*. "Derecho penal del enemigo...", p. 97 e ss.

⁷⁶ *Pastor* Derecho penal del enemigo..., texto à nota 112 e ss.; *Kunz*, Gefährliche Rechtsbrecher..., p. 1392.

⁷⁷ *Aponte*, Krieg..., p. 20, 68 e ss., 122, 329 e s.

⁷⁸ *Portilla Contreras*, Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo, in: *Jueces para la democracia* 49 (2004), p. 43 e ss.

⁷⁹ MELIÁ, *Cancio*. "Derecho penal del enemigo...", p. 78.

⁸⁰ ZAFFARONI, El derecho penal liberal y sus enemigos (discurso de agradecimento ao título de doutor *honoris causa* conferido pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha, inédito), Janeiro de 2004, parte II.

⁸¹ *Silva Sánchez* La expansión del derecho penal, 2. ed., Madrid, 2001. p. 164, 166.

⁸² Cf. *Burgstaller*, em *Nuzinger/Sauer*, JZ 2000, p. 407, e em *Ambos*, Bericht..., p. 105.

4. A necessária distinção conceitual prévia

Já vimos as idéias de Jakobs e as reações que elas provocaram, de modo que o normal seria agora expor a própria opinião. Mas é exatamente isso que não deve aqui ocorrer: a tese central deste estudo é que a discussão atualmente em curso padece de uma fundamental *falta de clareza conceitual*. E o primeiro que se tem de fazer é corrigir este erro, somente então se podendo ensaiar um posicionamento em face das verdadeiras questões.

Bem se poderia responder ceticamente à tese que acabo sumariamente de formular. Afinal, não pareceria suficientemente claro qual o sentido da expressão “direito penal do inimigo”? De um ponto de vista *semântico*, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu *significado pragmático*, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico. A rigor, podem-se almejar ao menos três finalidades com o conceito de direito penal do inimigo, o que levará a três conceitos de direito penal do inimigo.

É primeiramente possível ver no conceito de “direito penal do inimigo” nada mais do que um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo. Algumas normas de nosso ordenamento jurídico seriam então caracterizadas como direito penal do inimigo, o que não significaria serem elas boas ou ruins por causa disso. Uma tal utilização seria própria de um *conceito descritivo* de direito penal do inimigo.

Em segundo lugar, pode-se utilizar o termo “direito penal do inimigo” para fazer mais do que meramente caracterizar determinados dispositivos. Ao considerar uma certa regra de direito penal do inimigo, pode-se estar almejando estigmatizá-la como especialmente anti-liberal

e contrária ao estado de direito, apontando, assim, para a necessidade de sua reforma. Essa segunda possibilidade de emprego da palavra direito penal do inimigo será aqui chamada de *crítico-denunciadora*.

Existe, porém, uma terceira maneira de trabalhar com o conceito “direito penal do inimigo”, que é a de formular uma teoria de seus pressupostos de legitimidade e afirmar que estes estariam predominantemente satisfeitos na realidade. Em outras palavras: esse terceiro caminho declararia o direito penal do inimigo algo legítimo. Chamar um dispositivo de direito penal do inimigo não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do direito penal do cidadão. Neste último caso, ter-se-ia um *conceito legitimador-afirmativo* do direito penal do inimigo.

Agora torna-se quase natural formular duas perguntas. A primeira: de qual conceito de direito penal do inimigo parte o criador do termo? A segunda: a qual conceito de direito penal do inimigo referem-se os diversos participantes da discussão?

Esta primeira *pergunta, quanto ao caráter descritivo, crítico-denunciador ou legitimador-afirmativo do conceito de direito penal em Jakobs*, será aqui intencionalmente *posta de lado*.⁸³ Mesmo que o tom crítico pareça ter predominado em 1985,⁸⁴ as novas manifestações estão

⁸³ A ela dedica-se em especial *Prittitz*, *Derecho penal del enemigo...*, p. 110 e ss.

⁸⁴ Comumente interpreta-se Jakobs como sendo crítico em 1985, mas afirmativo nas manifestações mais recentes: assim, por ex., *Prittitz*, *ZStW* 113 (2001), p. 795; *Derecho penal del enemigo...*, p. 108 e 111, onde é dito de modo bastante plástico: “... se Jakobs declarou em sua palestra de 1985 guerra ao ilegítimo direito penal do inimigo, em 1999 a declaração de guerra se dirigiu mais aos inimigos da sociedade”; H. *Schneider*, *ZStW* 113 (2001), p. 504; *Schünemann*, *GA* 2001, p. 211. Mais de acordo com o ponto de vista aqui proposto, *Aponte*, *Krieg...*, p. 136: a primeira manifestação seria, de fato, crítica, mas as atuais ambíguas.

imbuídas daquela *ambigüidade* típica de todas as idéias “chocantes” de *Jakobs*, a saber: não fica claro se o autor apenas descreve, ou se já está legitimando.⁸⁵ Ele declara repetidamente estar apenas descrevendo.⁸⁶ Assim, por ex., também sua teoria da pena quer somente explicar a eficácia ou o significado⁸⁷ do ato de punir, sem prejudicar a questão quanto à legitimidade desse ato: afinal, a pena só pode legitimar-se por meio do ordenamento para cuja proteção ela é imposta.⁸⁸ E seu conceito funcional de culpabilidade, que vê nela uma atribuição fundada em necessidades preventivo-gerais, é apenas a descrição do fato de que o direito realmente distribui culpabilidade a depender de seus objetivos.⁸⁹ Tais alegações de estar limitando-se a descrever raramente são levadas muito a sério na doutrina, e isso não sem razão. Afinal, *Jakobs* deduz de suas premissas supostamente descritivas conclusões de caráter normativo, o que já por motivos lógicos (palavra-chave: falácia naturalista) só é possível se também as premissas forem normativas.⁹⁰ No caso

⁸⁵ Ressaltei noutra sede esta ambigüidade como o defeito fundamental da abordagem Jakobiana: *GRECO*. Cumplicidade através de ações neutras, Rio de Janeiro, 2004, p. 39. Ela também é relevada, no que se refere ao conceito de direito penal do inimigo, acertadamente por Aponte, Krieg..., p. 131, p. 134.

⁸⁶ Referindo-se ao conceito de direito penal do inimigo, cf. acima, nota 24; genericamente ou referido a outras questões, por ex., *Jakobs*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, In: ZStW 101 (1989), p. 516 e ss. (p. 536): trata-se apenas de “uma nova interpretação do direito penal, tal como ele existe”; Das Schuldprinzip, Opladen, 1993, p. 30; ZStW 107 (1995), p. 848, nota 10, e p. 855.

⁸⁷ Assim o jargão mais recente, de índole ainda mais normativista, cf. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), p. 845.

⁸⁸ *JAKOBS*, Strafrecht..., § 1/20.

⁸⁹ Cf. *JAKOBS*, SCHULD..., p. 29; Schuldprinzip ..., p. 30.

⁹⁰ Por “falácia naturalista” entende-se o erro lógico oriundo de ignorar a impossibilidade de extrair conclusões normativas (dever ser) de premissas descritivas (ser). Por ex., diz-se: “todo homem é infiel; logo, devo ser infiel”. A premissa limita-se a verificar um estado de coisas, tais como elas são (a geral infidelidade masculina); a conclusão, porém, formula diretrizes a respeito de como as coisas deveriam ser (como eu devo me comportar). A rigor, uma tal argumentação apresenta uma premissa escondida, de índole normativa, que possibilitará que a conclusão seja formulada em linguagem normativa. No nosso exemplo, essa premissa seria “eu devo me comportar como todo

da culpabilidade, observe-se como, por ex., o fato de consciência é tratado com recurso direto ao conceito funcional de culpabilidade.⁹¹ No caso do direito penal do inimigo, observe-se a afirmativa de que o estado não apenas tem o direito de tratar indivíduos perigosos como não pessoas, mas sim o dever de fazê-lo.⁹² E, em segundo lugar, oferece *Jakobs* muitas vezes um fundamento para suas “descrições”, que não se esgota em apontar para dados empíricos, o que é um tanto incompatível com a suposição de que essas premissas não passem de meras descrições, indicando, isso sim, que sejam elas já plenas de conteúdo normativo. Para explicá-lo mais uma vez com um duplo exemplo: o conceito funcional de culpabilidade é por sua vez também deduzido da necessidade de garantir a tal “identidade normativa” da sociedade, isto é, um núcleo sólido de normas sociais;⁹³ e, como vimos acima, o direito penal do inimigo é explicado com base em considerações sobre a constituição da personalidade jurídica.

Ou seja, há muito a favor da tese de que as meras descrições de *Jakobs* na verdade não se limitam a descrever, e de que o conceito de direito penal do inimigo é utilizado predominantemente de modo legitimador-afirmativo. Em face disso, não podemos nos espantar com o fato de que *Jakobs* seja na maioria das vezes assim entendido e, por isso, duramente criticado. Suas

homem se comporta”. Bem se vê que aqui está o ponto mais vulnerável do silogismo, pois não é de modo algum evidente que tal dever exista. Mas, num argumento que comete a falácia naturalista, essa duvidosa premissa normativa acaba sendo ocultada e, com isso, subtraída à crítica, uma vez que não consta explicitamente da dedução. Afinal, esta falaciosamente finge partir apenas de premissas descritivas. (Sobre a falácia naturalista, já clássico, *HARE*, *The language of morals*, Oxford, 1952 [reimpr. 2001], p. 27 e ss.) Da mesma forma, parece-me que em *Jakobs* tudo depende da premissa normativa oculta de que a “identidade normativa da sociedade deve ser mantida”, a qual é, no mínimo, bastante questionável.

⁹¹ Cf. *JAKOBS*, *Strafrecht...*, § 20/22, onde se diz que o que importa é se a convicção do autor contrária ao ordenamento jurídico “pode ser explicada contornando o autor, sem dano para a ordem jurídica”.

⁹² Cf. acima nota 42.

⁹³ *JAKOBS*, *Schuld ...*, p. 32; *ZStW* 107 (1995), p. 843.

declarações de que nada mais faz do que descrever têm algo do lavar as mãos de Pilatos, que também acreditava apenas verificar qual a vontade do povo. De qualquer modo, parece-me recomendável renunciar à pretensão de interpretar univocamente o ponto de vista de *Jakobs*, e isso por duas razões. A primeira, mais fraca, é a certeza de que, em razão da ambigüidade acima apontada, seria necessário um esforço enorme para chegar à interpretação correta – se é que ela existe. Mas como estamos lidando com um autor vivo, estaria compreendido primariamente em sua esfera de competência (para utilizarmos um conceito jakobsiano), e não na nossa, expor com clareza as suas idéias. Como diz *Jakobs* acertadamente: “nem tudo incumbe a todos.”⁹⁴ Mas a razão decisiva para que se evite um enfoque exclusivo no conceito legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo é o estreitamento de horizontes que isso acarretaria. Afinal, parece bem possível que o conceito apresente outras possibilidades de utilização que o tornem de alguma maneira útil. E só se poderá saber ser este o caso, se analisarmos com cuidado também essas outras possibilidades.

A segunda pergunta, quanto ao conceito de direito penal do inimigo nos participantes da discussão, também ficará sem resposta, e isto porque ela não pode ser respondida. A falta de clareza no proponente provocou a falta de clareza dos oponentes, de modo que em muitos destes se vê o conceito de direito penal do inimigo sendo utilizado de modo não unívoco. Por isso, está-se tentando neste estudo introduzir uma distinção conceitual que pode ser útil para um aumento na precisão do debate.

É hora de nos voltarmos para a avaliação do “direito penal do inimigo” como conceito legitimador, crítico ou meramente descritivo. Pouco importa, assim, de que maneria o criador vê a sua criatura, e tampouco como ela

⁹⁴ JAKOBS, Regressverbot beim Erfolgsdelikt, In: ZStW 89 (1977), p. 1 e ss. (p. 30).

é vista pelos participantes da discussão. Ela pode ser vista de três maneiras, ela é empregada em diferentes momentos para três diversas finalidades, e agora interessa-nos distingui-las com clareza uma das outras e dedicar a cada qual a nossa irrestrita atenção.

5. Direito penal do inimigo como conceito afirmativo-legitimador

Começemos com o conceito afirmativo-legitimador de direito penal do inimigo – e isso pelo simples fato de que, aqui, há poucas dificuldades. A revolta que se viu nas várias reações que a idéia provocou está, de fato, justificada. Afirmar que o estado tem o dever de não respeitar seres humanos como pessoas é nada menos do que um *escândalo*. E por isso é também compreensível que se tenham feito comparações com a recente história alemã, o que, se por um lado, não parece de todo correto – primeiramente, porque não apenas a ideologia racista do nacional-socialismo, mas também concepções estatais totalitárias, ainda que não racistas (como o fascismo e o comunismo) negam o devido respeito a “indivíduos perigosos”, e em segundo lugar, porque em lugar algum a raça é considerada um indício da falta de segurança cognitiva do indivíduo – por outro, releva com clareza o caráter autoritário da idéia.

Não seria errôneo objetar que o que acabo de dizer não passa de uma recusa ingênua e pouco diferenciada, pois seria necessário fundamentar melhor o que é e o que não é “autoritário”. É disso que agora nos ocuparemos. A rigor, o conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo é insustentável por duas razões, a primeira de índole epistemológica, a segunda de índole pragmática. A estas duas razões poder-se-ia adicionar uma terceira – na verdade, um feixe delas – de caráter mais retórico, que, por um lado, não tem a meu ver importância tão decisiva,

mas, por outro, pode ser útil para convencer os que não estiverem dispostos a acatar a teoria de limites ao direito penal da qual parto.

Primeiro vejamos a *razão epistemológica* da recusa ao direito penal do inimigo legitimador. Apesar de esta palavra soar um pouco deslocada num estudo de direito penal, uso-a em seu sentido literal.⁹⁵ O conceito de direito penal do inimigo aponta para um dado empírico: a existência de um potencial para o cometimento de delitos. Se este dado empírico estiver presente, torna-se legítima a intervenção do poder punitivo estatal. Mas aqui nos deparamos com um problema epistemológico: do empírico não deriva nada de modo necessário, mas apenas de modo contingente; o que é empiricamente X, pode sempre ser algo diverso, um Y.⁹⁶ Se nos basearmos exclusivamente em dados empíricos, acabamos por entregar o autor às contingências do empírico, e fechamos todas as portas para a construção de uma teoria dos limites inultrapassáveis do poder estatal de punir. Afinal, estes limites só poderão ser de fato inultrapassáveis se forem necessários, o que exige que eles sejam fundados não no empírico, mas em considerações de caráter apriorístico, livres de qualquer dado da experiência.⁹⁷ Um destes limites

⁹⁵ Também *FERRAJOLI*, *Diritto e ragione*, 5. ed. Roma. 1998, fala numa epistemologia do direito penal do estado de direito (p. 5 e ss.), mas sua teoria apresentar traços positivistas e convencionalistas, enquanto a de que aqui se parte é fortemente tributária do pensamento kantiano, sem, contudo, acatar a teoria da retribuição, tal qual é o caso entre a maioria dos autores que hoje se inspiram nas idéias de Kant. Uma exposição mais extensa das premissas de que aqui se parte não é possível nesta sede. Faço remissão à minha tese de doutorado ainda não concluída sobre “*Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*” (O vivo e o morto na teoria da pena de Feuerbach), parte C II e III.

⁹⁶ Cf. *KANT*. *Kritik der reinen Vernunft*, 2. ed., editada por Raymund Schmidt, Hamburg, 1990 (orig. 1787) B 3 e B 4; *Höffe*, *Immanuel Kant*, 5. ed., München, 2000, p. 54; *Naucke*, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 4. ed., Neuwied/Kriftel, 2000. p. 71; *Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts*, in: *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlin etc., 1998. p. 361 e ss. (364 e ss.).

⁹⁷ Apenas para esclarecer as diferenças fundamentais (para mais detalhes, remeto outra vez à minha inacabada tese de doutorado, cf. nota 95) entre a concepção de que aqui se parte e a de outros autores de inspiração kantiana,

ao poder estatal de punir – e talvez o mais importante deles – é a reconhecida idéia, que remonta ao pensamento de Kant, segundo a qual o homem, um fim em si mesmo, nunca pode ser tratado apenas como um instrumento para finalidades diversas.⁹⁸ Apesar de o conteúdo desta idéia não ser de maneira alguma tão claro quanto geralmente se supõe,⁹⁹ pode-se de imediato reconhecer que, qualquer que seja este conteúdo, ele se oporá a uma concepção legitimadora-afirmativa do direito penal do inimigo. Afinal, o direito penal do inimigo é, já por definição, aquele que pune sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo, mas sim atendendo unicamente às necessidades de prevenção de novos delitos de parte daquele que é considerado perigoso. A afirmativa de *Jakobs*, de que ainda assim não é possível fazer com o inimigo o que se bem quiser, pois ele seria dotado de “personalidade potencial”, de modo que não seria permitido ultrapassar a medida do necessário,¹⁰⁰ não é uma solução, mas justamente o problema. Afinal, quem é tratado apenas segundo considerações de utilidade e necessidade não é

seja dito que, aqui, aquilo que é categórico, inviolável, apriorístico, numa palavra, absoluto, é considerado apenas limite, mas não fundamento de uma pena legítima. Isso significa que, por um lado, nem toda punição que respeite estes limites já será legítima, enquanto, por outro, nenhuma punição que não os respeite o será. A rigor, está-se aqui tomando a idéia de Roxin, segundo a qual se deve renunciar à concepção “bilateral” do princípio da culpabilidade (como limite e fundamento) em favor de uma “unilateralidade” (como mero limite) (cf., com essa terminologia, *Roxin*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 [1984], p. 641 e ss. [p. 654]), generalizando-a, ao levá-la a outras garantias que não apenas a culpabilidade, e fortalecendo-a, ao fundar estas garantias em considerações originadas na razão pura, não empírica. Por isso a opinião de que aqui se parte escapará à teoria da retribuição, típica entre kantianos (para uma crítica da teoria da retribuição cf. especialmente *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 1 e ss. [p. 3 e ss.]; = Sentido e limites da pena estatal, trad. Natscheradetz, 2. ed., Lisboa, 1993. p. 15 e ss. [17 e ss.]).

⁹⁸ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Edição Kōnemann), Köln, 1995. p. 24.

⁹⁹ A respeito, detalhadamente, meu trabalho mencionado à nota 95, C III.

¹⁰⁰ JAKOBS, *Selbstverständnis...*, p. 51.

uma pessoa, e sim uma coisa. Aqui será tão impossível falar limites morais absolutos quanto o é no trato com quaisquer objetos do direito das coisas, entre os quais o autor foi claramente jogado.¹⁰¹

Chamei de *pragmática* a segunda razão que fundamenta a recusa ao conceito legitimador do direito penal do inimigo. Ela releva que já existem conceitos melhores, mais precisos e não tão emocionais para designar os vários aspectos preventivos que existem e que devem existir no direito penal. Assim, p. ex., a criação de barreiras psíquicas à prática geral de condutas indesejadas é chamada de prevenção geral negativa ou intimidação. E diante de fenômenos mais problemáticos, como a inocuização/incapacitação ou as medidas de segurança, parece mais aconselhável trabalhar não com o conceito bélico de inimigo, mas sim com outras categorias. Ou seja, mesmo onde se trata de controlar perigos oriundos de um determinado agente, não é necessário recorrer ao conceito do direito penal do inimigo; e se tentarmos utilizá-lo, veremos nossas dificuldades aumentadas pelas obscuridades oriundas não apenas dos próprios problemas, mas principalmente da palavra direito penal do inimigo, que parece apta a legitimar quase que automaticamente qualquer intervenção estatal imaginável.¹⁰²

A terceira razão – como acima disse – tem caráter mais *retórico*. A rigor, ela me parece estar de todo contida na primeira razão, que chamei de epistemológica. Como não posso contar com uma aceitação geral das premissas quase metafísicas da posição epistemológica aqui rapidamente esboçada, acrescento considerações que

¹⁰¹ Neste sentido, de modo fundamental contra toda legitimação da pena exclusivamente empírica, *KANT*. *Metaphysik der Sitten*, ed. por Weischedel, Frankfurt, 1993, p. 453. Esta instrumentalização do homem é admitida por *Jakobs*, *Strafrecht...*, § 1/20, até mesmo para o direito penal do cidadão.

¹⁰² Assim também a crítica de *SCHÜNEMANN* à nota 72.

podem ter e já vêm tendo bastante relevância na discussão. É bem questionável se o conceito de inimigo é compatível com a imagem de ser humano da qual parte nosso ordenamento jurídico.¹⁰³ Pode-se apontar para a história autoritária de concepções fundadas na distinção entre amigo/inimigo.¹⁰⁴ A estigmatização de grupos inteiros de seres humanos como “diferentes”, a segregação entre “nós” e “eles” a que estas idéias levam – nada disso promove a necessária atitude de tolerância e humanidade.¹⁰⁵ As incertezas em que estão envolvidas as prognoses de periculosidade¹⁰⁶ são de todo ignoradas pela idéia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater.¹⁰⁷ Muitos outros argumentos formulados pelos participantes da discussão podem ainda aqui ser mencionados: por ex., pontos de contato com o nacional-socialismo, referências às várias lesões a direitos humanos praticadas atualmente pelo estado, ou a

¹⁰³ Sobre a imagem de ser humano de que parte a Lei Fundamental alemã, que em muito coincide com a nossa Constituição Federal, cf. ENDERS. Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997. p. 17 e ss., p. 45 e ss.; sobre a imagem de ser humano no direito em geral, KAUFMANN, Arthur. Das Menschenbild im Recht, In: Festschrift für Schüler-Springorum, 1993. p. 415 e ss. (421).

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. Der Begriff des Politischen, 1933, p. 7; sobre os traços autoritários destas idéias, Rütters, Carl Schmitt im Dritten Reich, 2. ed., 1990. p. 78, 110, 133, 136 (onde se pergunta: “Não terá o pensamento com base na dicotomia amigo/inimigo de qualquer modo um instrumento que também incluía o possível homicídio dos judeus declarados “inimigos?”); referindo-se especificamente ao direito penal do inimigo, cf. acima, nota 66.

¹⁰⁵ Assim também PRITTWITZ. Derecho penal del enemigo..., p. 116.

¹⁰⁶ Cf. a respeito de tais problemas em geral, BOCK. Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen. In: JuS 1994, p. 89 e ss. (p. 94, nota 31); Schöch, Kriminologische Grenzen der Entlassungsprognose, in: H.-J. Albrecht etc. (ed.), Festschrift für Kaiser, Berlin, 1998. p. 1239 e ss. (p. 1248 e ss.).

¹⁰⁷ Tal era a conhecida tese do chamado *labeling approach*, cf. fundamental BECKER, Howard S. Outsiders. Studies in the sociology of deviance, Glencoe, 1973 (orig. 1963), p. 9; bem mais radical, SACK, Selektion und Selektionsmechanismen, in: Kaiser etc. (ed.), KLEINES Kriminologisches Wörterbuch, 3. ed., Heidelberg, 1993. p. 462 e ss. (p. 468).

possíveis sistemas totalitários, presentes ou futuros. Poder-se-ia traçar mais alguns paralelos que ainda não parecem ter sido vistos, p. ex., apontando para as semelhanças entre a idéia do direito penal do inimigo e as considerações do civilista *Karl Larenz* sobre a personalidade enquanto “conceito concreto”, que se aplicaria ao “companheiro do povo” (*Volksgenosse*), e não a “estranhos” (*Fremde*),¹⁰⁸ ou lembrando a idéia do estado duplo, cunhada criticamente por *Ernst Fraenkel* para caracterizar o sistema nacional-socialista: neste funcionaria, de um lado, uma ordem segundo os princípios do estado de direito, que se ocuparia dos problemas que interessam às classes dominantes, enquanto dos inimigos cuidaria uma ordem estatal diversa e sem qualquer restrição.¹⁰⁹

Como primeira conclusão pode-se, de acordo com a opinião majoritária, recusar decididamente o conceito legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo. Uma idéia que leva a que se anulem todos os limites absolutos ao poder de punir (razão epistemológica), que não é precisa o suficiente para iluminar os aspectos preventivos que se mostrem dignos de discussão (razão pragmática) e que ainda apresenta um sabor autoritário (razão retórica) de nada pode prestar à ciência do direito penal.

6. Direito penal do inimigo como conceito descritivo

Como indicado, a discussão se refere predominantemente ao conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo. Mas continua sendo possível valer-

¹⁰⁸ *LARENZ*, Rechtsperson und subjektives Recht. In: Larenz (ed.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin, 1935. p. 225 e ss. (p. 244). A respeito, detalhadamente, *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 5ª edição, Heidelberg, 1997, em especial p. 329 e ss.

¹⁰⁹ *Fraenkel*, Der Doppelstaat, 2. ed., Hamburg, 2001. p. 49, 119, 142.

se do conceito de outra maneira, apenas para fins de descrever uma determinada situação do direito positivo ou determinadas normas legais. Será útil uma tal categoria descritiva como o direito penal do inimigo, a ponto de merecer ela um lugar entre o aparato conceitual de que se vale a ciência do direito penal?

Difícilmente. O problema do conceito descritivo do direito penal do inimigo é que ele *mal parece possível*.¹¹⁰ Afinal, a palavra “inimigo” é tão carregada valorativamente, que parece muito difícil empregá-la apenas para descrever. A mera utilização da palavra já parece criar automaticamente divisões e polarizações, que ameaçam envolver até mesmo aquele que supostamente descreve em sua irresistível dinâmica. De modo quase que natural vê-se aquele que acaba de utilizá-la forçado ou a legitimar a atribuição da qualidade de inimigo, ou a denunciá-la criticamente. Por isso não podemos estar surpresos com o fato de que *Jakobs*, apesar de repetir que está apenas descrevendo, na verdade seja entendido por quase todos como alguém que esteja já legitimando.

Poder-se-ia objetar que estou conferindo à palavra “inimigo” um caráter quase mágico que ela, na verdade, não possui. Não seria claramente possível usar esta palavra sem tomar posição em favor de quaisquer das partes conflitantes? No dia-a-dia, dizemos que gato e rato são inimigos naturais; na história, fala-se em geral de inimizades entre pessoas e nações; e “quem é inimigo de quem” é um dos principais assuntos da adorável prática da fofoca. Devo admitir que, em tais contextos, é fácil assumir o papel de terceiro distante e imparcial. Ao conversar sobre Tom e Jerry, não se está automaticamente

¹¹⁰ Também *MUÑOZ CONDE*, *Derecho penal del enemigo...*, p. 29, recusa o conceito descritivo, mas não por sua impossibilidade, e sim porque limitar-se a descrever seria própria de uma compreensão tecnocrática da ciência jurídico-penal, que faz do jurista um mero “notário”. “Tal corresponde a descrever o funcionamento de uma cadeira elétrica, sem se manifestar a favor ou contra a pena de morte”.

ao lado de Tom ou de Jerry, e tampouco toma-se partido quando se fala dos conflitos étnicos na Iugoslávia ou dos dois professores que não se cumprimentam, apesar de se verem diariamente. Mas uma tal atitude distanciada é especialmente difícil ao se lidar com o direito penal, e isso por duas razões. Primeiramente, lidamos com o direito penal não na qualidade de terceiros desinteressados, mas na de penalistas, isto é, ou de dogmáticos do direito penal ou de filósofos do direito penal. O penalista dogmático vai extrair de sua interpretação do direito positivo diretrizes para como o juiz deve decidir, e o penalista filósofo vai discutir em especial sobre a pergunta a respeito de em que condições a pena se mostra legítima. As duas atividades jurídicas pressupõem, assim, no mínimo uma tomada de posição tácita em face do ordenamento jurídico-penal, que, no caso do dogmático, será necessariamente afirmativa,¹¹¹ enquanto no caso do filósofo pode também ser crítica (se ele for um abolicionista).¹¹² Mas nenhum penalista consegue limitar-se a descrever, e se ele tentar extrair de algum conceito descritivo uma diretriz para decisões judiciais ou uma fundamentação para a legitimidade da pena, já abandonou ele o plano da descrição e passou para o da valoração – deslocamento esse imposto pela própria lógica (pois de descrições não é possível deduzir valorações), ocorra ele de modo manifesto ou oculto.

A segunda razão é mais geral. Diferentemente do caso de Tom e Jerry, da guerra na Iugoslávia ou da briga entre os dois professores, crimes e penas não são

¹¹¹ Ainda que essa atitude de aprovação seja dirigida não a cada dispositivo individualmente, mas apenas à generalidade destes dispositivos. Sobre o problema da responsabilidade do dogmático, especialmente delicado no caso de sistemas autoritários, *GIMBERNAT*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, *ZStW* 82 (1970), p. 379 e ss. (408 e ss.).

¹¹² O contra-senso seria o dogmático querer adotar uma atitude abolicionista, que é desmentida cada vez em que ele declara que a solução de determinado caso é a condenação.

fenômenos que podemos observar tranqüilamente à distância. Crimes e penas interessam a todos nós enquanto cidadãos. Ninguém quer ser vítima de um crime, alguns felizardos jamais o foram, mas todos sabem que algum dia podem vir a sê-lo. O crescente medo da criminalidade de que falam os criminólogos¹¹³ – e que, pelo menos na Alemanha, parece ser bastante injustificado¹¹⁴ – é prova de que quase todos se vêem como vítimas potenciais. Por outro lado, praticamente ninguém se vê como um autor potencial.¹¹⁵ Diante de uma tal polarização já existente, é quase inevitável que a introdução de categorias como amigo/inimigo leve a uma tomada de partido, e que ela ocorra em desfavor daqueles que foram declarados inimigos.

Como prova da primeira razão – a impossibilidade de uma descrição distanciada por um jurista – pode-se lembrar a acima apontada ambigüidade de *Jakobs*, e o fato de que ele é quase unanimemente compreendido como um defensor do direito penal do inimigo. Além disso, na presente discussão quase que ninguém conseguiu utilizar descritivamente o conceito de direito penal do inimigo. E como prova da segunda razão – a dificuldade de lidar descritiva e distanciadamente com a criminalidade – lembrem-se a criminologia e os problemas éticos com que seus cultores sempre se vêem deparados. Os criminólogos do *mainstream* são vistos pelos seus colegas “críticos” como servos do poder,¹¹⁶ e por sua vez consideram os

¹¹³ Cf. os estudos em *BILSKY* et all (eds.), *Fear of Crime and Criminal Victimization*. Stuttgart, 1993; ademais *Gabriel*, *Furcht und Strafe*, Baden Baden, 1998. p. 62 e ss.; *Hassemer/Reemtsma*, *Verbrechensopfer*, München, 2002. p. 109.

¹¹⁴ Cf. especialmente *Hassemer/Reemtsma*, *Verbrechensopfer...*, loc. cit.; *Pfeiffer*, *A demonização do mal*, trad. Luís Greco, In: *RBCC* 52 (2005), p. 277 ss.

¹¹⁵ Cf. *Felson*, *Crime and everyday life*, 2. ed., Thousand Oaks etc., 1998. p. 10, que chama esse fenômeno de “not-me fallacy”.

¹¹⁶ Clássicos aqui *Taylor/Walton/Young*, *The new criminology*, London, 1973. p. 33; ainda sobre a tensa relação entre criminologia e direito penal, de modo mais moderado, mas ainda assim crítico, P.-A. *Albrecht*, *Kriminologie*, 2ª edição, München, 2002. p. 93 e ss.; *Kunz*, *Kriminologie*, 3. ed., Bern etc., 2001. § 3/15.

criminólogos “críticos” meros ideólogos.¹¹⁷ Se até mesmo a criminologia, que não é, em princípio, uma ciência normativa, tem dificuldade em lidar objetivamente com a criminalidade, não pode surpreender que na ciência normativa do direito penal o mesmo problema reapareça com dimensões exponencialmente maiores.

Mas há uma adicional razão contra o uso descritivo do conceito de direito penal do inimigo na ciência do direito penal. Chamemo-la de razão *pragmática*, porque ela se refere a algo que corresponde amplamente àquilo que designamos com esse nome no apartado anterior: o conceito descritivo de direito penal do inimigo parece ou dispensável ou analiticamente pouco preciso. Não está claro qual a relação entre o novo conceito de direito penal do inimigo e a conhecida idéia de direito penal de autor, nem tampouco se ainda há espaço para o primeiro depois do reconhecimento desta na discussão jurídico-penal. E quando a tarefa é analisar com cuidado setores problemáticos como, por ex., as medidas de segurança, o conceito de direito penal do inimigo pouco nos avança além do que já se obtinha com conceitos como “incapacitação”, “periculosidade”, “criminoso habitual” etc. O critério metodológico conhecido como a “navalha de Ockham” desaconselharia a que se introduzissem despreocupadamente novos conceitos, sem que ao menos houvesse uma possibilidade de que eles se mostrassem úteis de alguma forma. De qualquer forma, o ônus argumentativo cabe a quem introduz o novo conceito, de modo que temos o direito de permanecer céticos a seu respeito.

Como segunda conclusão intermediária podemos dizer: um conceito descritivo de direito penal do inimigo não parece possível, porque o uso de um termo tamanhamente carregado de valorações como o “inimigo” força tanto a ciência (normativa) do direito penal, como o

¹¹⁷ Cf. por ex. KAISER, Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?, In: Stree et ali (ed.), Gedächtnisschrift für Schröder, München, 1978. p. 481 e ss. (p. 489 e ss.).

discurso cotidiano sobre os fenômenos do crime e da pena a valorarem; e esse conceito tampouco é necessário, enquanto não for explicitado em que medida ele pode contribuir para uma melhor compreensão do direito vigente se comparado a conceitos tradicionais de que já dispomos.

7. Direito penal do inimigo como conceito denunciador-crítico

Resta apenas a pergunta a respeito de em que medida um conceito crítico-denunciador de direito penal do inimigo pode ser útil à ciência do direito penal. Com base num tal conceito, o juízo de que um dispositivo é “direito penal do inimigo” automaticamente significaria, no plano dogmático, que o dispositivo deve ser interpretado de modo restritivo; no plano jusfilosófico, que se deve negar-lhe legitimidade; e, no plano político-criminal, que deve ele ser reformado. Não se pode olvidar que, no estudo de 1985, *Jakobs* aplica o conceito de direito penal do inimigo predominantemente neste sentido, chegando a conclusões interessantes e no mínimo plausíveis no que se refere a várias questões. Por ex., foram no mínimo bem felizes as suas reflexões sobre o conceito de tentativa, que levam a uma crítica da posição dominante e de sua “teoria da impressão,”¹¹⁸ teoria essa que legitima amplamente a tradicional punição da tentativa inidônea consagrada no direito alemão.¹¹⁹ Estas reflexões coincidem

¹¹⁸ Cf. com mais referências *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 514 e ss., e *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. ed., München, 2001. Vorbem § 22/22.

¹¹⁹ A teoria da impressão diz que o fundamento de punição da tentativa é que esta já gera uma impressão negativa entre os cidadãos, perturbando a vigência do ordenamento jurídico, e esta impressão tem de ser neutralizada por meio da pena (cf. os autores citados à nota anterior). Com isso, justifica-se também a punição de tentativas inidôneas, também chamados crimes impossíveis, salvo nos casos em que o fato seja animado por uma vontade supersticiosa

com uma opinião minoritária que, com cada vez mais adeptos, se dá o trabalho de questionar os fundamentos daquilo que os demais consideram óbvio.¹²⁰ É de admitir-se que um direito penal protetor de bens jurídicos tem grande dificuldade em justificar o porquê de se proibirem e punirem ações não-perigosas para bem jurídico algum, mas tão-só animadas por uma vontade criminosa. O fato de que a teoria da impressão não basta como justificativa, vez que tampouco ela parece justificável, não pode ser aqui examinado a fundo.¹²¹ O que me parece importante é esclarecer de que modo o conceito de direito penal do inimigo pode ser útil, por indicar que determinados dispositivos só podem explicar-se a partir de finalidades inconfessadas e inconfessáveis. O conceito de direito penal do inimigo poderia abrir os caminhos para uma espécie de auto-psicanálise da ciência do direito penal,

(a chamada tentativa supersticiosa). Exemplo: atirar num cadáver com vontade de matá-lo já seria punível, enquanto fazer um despacho para que a sogra morra ficaria isento de pena, porque apenas na primeira hipótese teríamos um fato apto a perturbar o sentimento geral de segurança dos cidadãos.

¹²⁰ Por ex., Michael Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin etc., 1997. p. 456 e ss.; *Bottke*, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, In: Roxin / Widmaier, *50 Jahre BGH-FS...*, p. 135 e ss. (que, em face ao princípio da proteção de bens jurídicos, exige convincentemente a isenção de pena de todas as tentativas inidôneas, p. 139, 151, 153, 158); *Hirsch*, *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, in: Schünemann et ali (eds.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York, 2001. p. 711 e ss. (que não quer punir tentativas ex ante não perigosas, p. 720 e ss.). Também a proposta de Roxin, no sentido de determinar o fundamento de punição da tentativa não mais de modo unitário, mas sim diferenciadamente para a tentativa idônea e inidônea (*Roxin*, *Strafrecht*, vol. II..., § 29/11), leva ao final das contas a que se problematize a punibilidade da tentativa inidônea (§ 29/17). Mas Roxin acredita poder ainda assim fundamentá-la (§ 29/18 e ss.).

¹²¹ O problema fundamental da teoria da impressão nem é seu duvidoso arrimo empírico, tampouco sua imprecisão (neste sentido, porém, *Hirsch*, *Untauglicher Versuch...*, p. 715), mas sua relação de parentesco com a teoria da prevenção geral positiva (acertadamente quanto a isso, mas apenas quanto a isso, *Rath*, *Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*, In: *JuS* 1998. p. 1006 e ss. [p. 1008]), isto é, com uma justificação da pena que considera permitido educar a população em geral através de coação. Nesta sede parece novamente impossível analisar com o devido cuidado a questão da legitimidade da prevenção geral positiva; remeto a meu trabalho mencionado à nota 95.

iluminando seus aspectos obscuros e caçando motivações ilegítimas, mas ainda assim inconscientemente ativas. Hoje o conceito parece ser assim utilizado especialmente por *Muñoz Conde* e *Daniel Pastor*.

É claro que este terceiro conceito de direito penal parece ser o mais atraente; afinal, uma aguda autocrítica faz-se necessária em vários setores, e não apenas na dogmática da tentativa. Na ciência jurídico-penal, é ainda por demais sensível a tendência de, ao fim, dar de qualquer modo razão ao legislador ou à jurisprudência. Poder-se-ia, por ex., levar adiante as poucas, mas cada vez mais freqüentes críticas que se formulam ao indefinível bem jurídico da saúde pública no direito penal de tóxicos, perguntando para que outras finalidades não declaradas a criminalização do consumo de tóxicos serve. É de suspeitar-se que aqui o que interessa primariamente é a tabuização de formas de vida que fogem dos padrões a que se apegam a maioria, noutras palavras, que se está instrumentalizando ilegitimamente o direito penal para finalidades moralistas – suspeita essa que é fortalecida pelo fato de que 2/3 dos cursos empregados pela persecução penal de tóxicos na Alemanha se dirigem contra pequenos consumidores ou traficantes.¹²² E as ainda bem raras críticas à transação penal, pela evidente violação aos princípios do estado de direito que ela compreende,¹²³ poderiam muito bem ser complementadas pela pergunta quanto às finalidades não confessadas a que elas de qualquer modo servem. Talvez se descubra muito de não tão agradável, como p. ex. aquilo que disse um juiz da Baviera num seminário de direito penal na

¹²² Cf. *PAEFFGEN*, *Betäubungsmittel-Strafrecht und Bundesgerichtshof*. In: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), *50 Jahre BGH-FS...*, p. 695 e ss. (p. 712 e ss.)

¹²³ Quanto a isso, fundamental, *Schünemann*, *Absprachen im Strafverfahren?*, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentags, München, 1990, p. B 80 e ss.; ademais *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edição, München, 1990, p. 172; *PRADO*, *Geraldo*. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*, Rio de Janeiro: 2003, *passim*.

Universidade Ludwig Maximilians, de Munique: uma vez que, no dia-a-dia da justiça, quase inexistem absolvições, o juiz tampouco tem de se preocupar com a possibilidade de que o acusado seja de fato inocente.

Estes exemplos, que seguramente não poderão contar com uma aceitação geral, por motivos de espaço tampouco poderão ser fundamentados tal como a rigor seria necessário. Peço ao leitor que me perdoe essa aparente leviandade, alegando que meu intuito com estes exemplos foi elucidar a possibilidade de dirigir críticas agudas a certos institutos do direito penal. Esta possibilidade só ficaria de todo clara se as críticas tivessem como objeto teorias majoritariamente aceitas: afinal, uma teoria que ninguém defende não precisa ser tão severamente denunciada.

Dois aspectos ficam, assim, claros. Primeiro, o conceito de direito penal do inimigo pode ser utilizado no sentido de denunciar criticamente certos institutos do direito penal. Segundo, uma severa autocrítica é algo de que a ciência do direito penal urgentemente necessita. O exato teor da pergunta que temos diante de nós é, portanto, o seguinte: *necessitamos do conceito crítico de direito penal do inimigo para a necessária autocrítica do direito penal?* Penso que não.

Isso porque o conceito crítico-denunciador do direito penal do inimigo apresenta uma sensível desvantagem: cumprir muito mais do que aquilo que promete. Ele não é apenas crítico, mas excessiva e exageradamente crítico. Ele vai tão longe em sua condenação, que se torna praticamente impossível prosseguir num debate sóbrio depois que alguém o utiliza. Aqueles cujos posicionamentos são atacados com esse conceito – concretamente, todos os autores que defendem a teoria da impressão, na tentativa – têm de compreender uma tal objeção não apenas como dirigida a suas idéias enquanto juristas, mas sim e principalmente a seu caráter enquanto seres humanos. Quem vê criminosos como inimigos, não

os reconhece como pessoas, mas se alia ao autoritarismo e se torna seu porta-voz. Com isso, corre-se muito rapidamente o risco de institucionalizar um maniqueísmo, no qual alguns, os juristas bonzinhos, combatem os demais, seus colegas malvados, os juristas “terríveis.”¹²⁴ Os primeiros vêem em si próprios combatentes da liberdade, nos outros pessoas vendidas ou, na melhor das hipóteses, ingênuas. Os segundos, colocados na defensiva, vêem-se por sua vez diante da opção de ou recorrer a similares expedientes difamatórios, ou de simplesmente ignorar a crítica. O principal problema do conceito crítico do direito penal do inimigo é que ele escorrega inevitavelmente da opinião criticada para o caráter de quem opina, de modo *que ele dificilmente pode ser empregado, sem que com isso se formule um reproche pessoal e moral ao defensor de determinada opinião*. Uma tal atitude não parece de modo algum útil para uma discussão sóbria e objetiva.

Uma prova em favor do que se está dizendo é o fato de que o estudo que *Jakobs* escreveu em 1985, no qual o conceito de direito penal do inimigo é utilizado várias vezes de modo crítico, mal foi levado em conta. Para ficarmos com a dogmática da tentativa: a crítica à opinião dominante, que fora denunciada como direito penal do inimigo, permaneceu amplamente ignorada.¹²⁵ Apenas cerca de 15 anos depois escutam-se vozes que exigem uma similar limitação à punibilidade da tentativa inidônea.¹²⁶ Estas novas manifestações fundamentam-se agora não mais no conceito difamatório do direito penal do inimigo, mas noutros fundamentos. E por isso não pode surpreender que a opinião dominante aceite o desafio e dê início a uma discussão fecunda e sóbria.¹²⁷ Também nos dois

¹²⁴ Cf. o livro de MÜLLER, *Ingo*. Furchtbare Juristen (“Juristas terríveis”), München, 1989.

¹²⁵ Uma exceção foi *Kindhäuser*, *Gefährdung ...*, p. 186 e ss.

¹²⁶ Cf. as referências à nota 120.

¹²⁷ P. ex., *HERZBERG*, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*. In: GA 2001. p. 257 e ss.

exemplos de crítica denunciadora que acima apresentei – o questionamento dos fins ocultos do direito penal de tóxicos e da transação penal – não é preciso de modo algum mencionar o conceito de direito penal do inimigo.

De qualquer modo, pode-se responder que, em alguns casos, a única reação adequada é uma difamação apaixonada e decidida. Pense-se no enjaulamento de prisioneiros de guerra pelos EUA em Guantánamo; na guerra agressiva movida contra o Iraque, violadora de todos os pressupostos de direito internacional; na pena de morte, ainda existente em muitos países; nas prisões preventivas intermináveis e nos prolongamentos de prazos prescricionais a que são submetidos suspeitos de envolvimento com crimes da ditadura militar, na Argentina, e que foram recentemente legitimadas mesmo pela corte constitucional;¹²⁸ na tortura de presos e de suspeitos pela polícia até mesmo em países de primeiro mundo, como a Alemanha;¹²⁹ nos esquadrões da morte, ativos em muitas cidades latino-americanas.¹³⁰ De fato: diante de tais fenômenos, não é possível exagerar nas críticas. Aqui, a única atitude correta é a de decidida e intransigente recusa. Mas para manifestar uma tal atitude, não se precisa do conceito de direito penal do inimigo. É necessário apenas explicitar que tais fenômenos desrespeitam os mais básicos e fundamentais limites a qualquer exercício legítimo do poder estatal. O conceito de direito penal do

¹²⁸ Algumas das decisões mais recentes podem ser acessadas em <http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe041012-c.asp> e <http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe040520-c.asp>. Acesso em 19 jun. 2005).

¹²⁹ Que inclusive encontrou defensores, por ex. *BRUGGER*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? In: JZ 2000. p. 165 e ss. (p. 168 e ss.); contra, com razão, *Neuhaus*, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar! In: GA 2004. p. 521 e ss. (p. 533 e s.); *Saliger*, Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. In: ZStW 116 (2004), p. 35 e ss. (p. 48).

¹³⁰ Para mais exemplos, *Muñoz Conde*, Derecho penal del enemigo..., p. 10 e ss., 19 e ss. e *Aponte*, Krieg..., p. 196 e ss.

inimigo seria, na melhor das hipóteses, um *conceito intermediário dispensável*, uma etiqueta, que aponta para o desrespeito aos limites invioláveis acima mencionados, este, sim, decisivo. Chamar, num segundo momento, este desrespeito de direito penal do inimigo não implica de maneira alguma num ganho de precisão analítica ou de potência crítica.

Como última conclusão parcial pode-se afirmar que também o conceito denunciador-crítico de direito penal do inimigo deve ser recusado: primeiramente por sua dimensão excessivamente difamatória e emocional, em segundo lugar por sua dispensabilidade.

8. Conclusão

Com isso chegamos ao resultado de que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-affirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, unimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário.

A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Neste estudo, tentou-se, através de precisão analítica e de diferenciações conceituais, lidar racionalmente com um conceito sobremaneira irracional, porque carregado de emoções. Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Mas lá onde se trata de punir – isto é, de impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado – mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade. Uma tal atitude não é de

modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.

