

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Larissa Leite*

RESUMO

Partindo de duas obras não jurídicas (o livro “Deus é inocente, a imprensa não” e o documentário “A caminho de Guantánamo”), o presente estudo reflete sobre a teoria de Günter Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. Considerando que tal autor propõe, como base de seu pensamento, uma distinção necessária entre homens cidadãos e homens perigosos, este trabalho faz sua primeira correlação entre o Direito Penal do Inimigo, as características da Sociedade de Risco e a conseqüente expansão do Direito Penal. Reconhece, deste modo, que várias tendências contemporâneas, penais e processuais penais, de supressão de garantias individuais são familiares àqueles três temas – revelando-se a necessidade de seu constante aprofundamento. Além disso, este artigo confronta as bases da proposta de Jakobs com os principais enunciados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, observando que toda esta construção jurídica rechaça qualquer possibilidade de negação ou supressão da condição humana da pessoa. Encerra-se, assim, cotejando alguns diplomas internacionais (antigos e bastante recentes), demonstrando que os processos de internacionalização e jurisdicionalização dos Direitos Humanos não se coadunam com os princípios de um pretenso direito penal do inimigo.

PALAVRAS CHAVES:

DIREITO PENAL DO INIMIGO; DIREITOS HUMANOS.

RIASSUNTO

Partendo da due opere non giuridiche (il libro “Dio è innocente la stampa no” e il documentario “Sulla strada di Guantanamo”) questo studio ripensa la teoria di Günter Jakobs, denominata Diritto Penale del Nemico. Siccome questo autore propone, come base del suo pensiero, una distinzione necessaria fra uomini cittadini e uomini pericolosi, questo lavoro fa la sua prima correlazione fra il Diritto Penale del Nemico, le caratteristiche della Società del Rischio e la conseguente espansione del Diritto Penale. Riconosce, così, che varie tendenze contemporanee, penale e processuali penali, di soppressione delle garanzie individuali sono familiari a quei tre

* Larissa Leite é advogada criminalista e professora de Direito Penal no curso de graduação da PUCPR. Graduada pela Faculdade de Direito de Curitiba, em 2000, é especialista em Direito Processual Penal e em Direito Penal e Criminologia, e cursa Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental na PUCPR.

temi – mettendo in rilievo la necessità di suo costante approfondimento. Inoltre questo articolo mette a confronto le basi della proposta de Jakobs con i principali enunciati del Dritto Internazionale dei Diritti Umani, osservando che tutta questa costruzione giuridica rigetta ogni possibilità di negazione o soppressione della condizione umana della persona. Si chiude mettendo a confronto alcuni legge internazionali (antighi e più resentí), e quali dimostrano che i processi di internazionalizzazione e giurisdizionalizzazione dei Diritti Umani non combinano con i principi di un supposto diritto penale del nemico.

PAROLE CHIAVI

DIRITTO PENAL DEL NEMICO; DIRITTO UNAMI.

INTRODUÇÃO

No final de 2006, algumas salas de cinema brasileiras foram ocupadas por mais uma obra do que alguns já convencionaram chamar *era documentarista*. Com flashes de dramatização e depoimentos, o diretor Michael Winterbottom transformou em imagens a história de três cidadãos britânicos de descendência paquistanesa, mantidos em longo cativeiro na base militar norte-americana, em Guantánamo (Cuba).

Iniciando pela inocente viagem ao Paquistão, para o casamento de um dos protagonistas, “*A caminho de Guantánamo*” descreve como uma seqüência de circunstâncias conduziu-os até o Afeganistão nas vésperas da invasão norte-americana, deflagrada pelos ataques ocorridos em 11 de setembro de 2001. Verdadeiras ou não, são estas as circunstâncias que determinam a captura dos amigos que, assim, são submetidos a todo tipo de horror durante cerca de dois anos de detenção. Estes dois anos são encerrados de forma tão desprovida de sentido quanto o seu início: sem a formalização de uma única acusação contra os detidos.

Sessões de tortura explícita em interrogatórios; utilização de métodos fraudulentos em vista de confissões; meses de isolamento total; confinamento em salas com sons ensurdecedores; privação de água, luz, qualquer forma de comunicação e movimento; exposição a inúmeras formas de suplício físico e moral; espancamentos coletivos. Estas são algumas das referências feitas pelos protagonistas da saga levada aos cinemas, que tem fim com o casamento originalmente planejado e finalmente permitido com a libertação de Guantánamo.

Passados cerca de cinco anos desde o início da atuação das *Forças de Coalisão* como resposta ao 11 de setembro, histórias como esta começam a povoar (e a inspirar) o universo mundial¹. Tardiamente.

Admitidamente, pouco se tem de informação sobre a realidade das *guerras* lideradas, neste século, pelos Estados Unidos da América (EUA). O mesmo se diga com relação ao tratamento dado àqueles tornados prisioneiros em vista destas intervenções militares.

Esta escassez de informações, no entanto, não é casual. Analisando todo o conteúdo veiculado pelos mais influentes jornais e revistas brasileiros no período de um ano após 11 de setembro de 2001, Carlos Dorneles afirma:

George W. Busch não inventou o controle da mídia, não foi o precursor na política de supremacia dos Estados Unidos, não foi o primeiro a promover guerras mantendo a imprensa contra a parede, não foi o único a bombardear outros povos para aumentar o prestígio junto à população e nem foi o arauto do desrespeito às organizações internacionais.

Mas George W. Busch certamente foi o primeiro a fazer tudo isso ao mesmo tempo e com tamanha eficiência. O 11 de setembro, e seus horrores, deu a Busch condições de implantar o seu projeto político de maneira muito mais rápida. A mídia colaborou intimamente.

A imprensa pediu guerra e foi atendida. Ignorou massacres, desrespeito aos direitos humanos e às liberdades individuais, a destruição de um país miserável pela maior potência militar do planeta e deu vazão ao patriotismo como senha para a obediência ao poder. Numa guerra em que os americanos jamais combateram em solo, a mídia descreveu um conflito diferente, muito mais limpo e heróico.²

Estas reflexões, que bem parecem conclusões, são apresentadas como considerações iniciais de um livro que descreve não só a cumplicidade dos meios de comunicação de massa na ocultação da realidade, como também uma postura bastante clara e pró-ativa do governo norte-americano em assegurar a *fidelidade* da mídia. Ações de censura explícita, reuniões com as empresas jornalísticas e agências de notícias, além da celebração de um contrato de exclusividade, para controlar a divulgação de imagens captadas por satélite, são exemplos citados no sugestivo *“Deus é inocente, a imprensa não”*. Por esta publicação brasileira passam, também, episódios de reconhecida manipulação de informações e de explícita omissão de dados, em nome da segurança (nacional ou mundial).

¹ Em 31 de Janeiro de 2007, o jornal *Folha de São Paulo* noticiou a edição de *“Cinco anos da minha vida – um relatório de Guantánamo”*, de Murat Kurnaz (um cidadão turco, detido pelas forças americanas e posteriormente liberado).

² DORNELES, Carlos. *Deus é inocente, a imprensa não*, p. 17.

A existência de prisões secretas mantidas pelos EUA, a resistência em declinar os nomes dos prisioneiros e em permitir o acesso da imprensa e de representantes da própria Organização das Nações Unidas (ONU), a proibição de investigações externas em Guantánamo e os segredos quanto aos métodos de interrogatório ainda são as marcas da condução de questões ligadas aos prisioneiros do Afeganistão, do Iraque e da chamada *guerra contra o terror*. Estas questões, afetadas a violações de direitos humanos justificadas pelo direito penal, constituem a inspiração para o presente artigo.

Assim delineado o cenário com poucos rabiscos, apresenta-se a contraposição entre a realidade e as garantias consagradas internacionalmente como Direitos Humanos, identificando-se neste palco um terreno fértil para o desabrochar de propostas teóricas capazes de legitimar esta contraposição. Dentre estas, o Direito Penal do Inimigo é apresentado como resposta reflexiva perfeitamente amoldada à validação de restrições e supressões de Direitos Humanos, em nome do combate ao terrorismo.

Neste caminho, Günter Jakobs tem elaborado construções teóricas que pretendem dividir o tratamento penal em dois pólos: um, dedicado ao cidadão (digno de garantias materiais e processuais) e outro, destinado àquele que com seus atos sua própria condição de cidadão (e, portanto, já não merece o cuidado do Estado no asseguramento de seus direitos).

Embora esta proposta tenha se iniciado há cerca de duas décadas, é no contexto atual que ela ganha visibilidade, conforme o que o próprio autor tem explorado em suas manifestações. Assim, por exemplo, em obra publicada no Brasil, Jakobs faz referência expressa aos atentados suicidas que marcaram a história contemporânea:

Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinqüente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isto está imbricado numa organização (...) e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico (...).³

³ JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre, 2007, p. 36.

Não é à toa que Flávia Piovesan aponta o combate ao terrorismo e a preservação dos direitos e liberdades públicas como um dos grandes desafios a serem enfrentados pela defesa dos Direitos Humanos⁴.

As páginas que seguem, portanto, destinam-se a ensaiar uma análise das propostas do Direito Penal do Inimigo frente aos Direitos Humanos no âmbito internacional.

1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Cunhada por Günter Jakobs em meados da década de 80, a expressão *Direito Penal do Inimigo* corresponde a uma proposta de afirmação do Estado, exclusivamente a partir da coação e sem considerações acerca de garantias processuais ou materiais do sujeito passivo em face de determinadas classes de infratores.

A proposta assim formulada pelo jurista alemão passou a ser apontada como uma terceira velocidade do Direito Penal, que encontra nas características da sociedade atual terreno fértil para se estabelecer na sociedade atual.

Marcado pelas conseqüências da modernidade, o período pós-industrial foi identificado como uma *Sociedade de Risco*, nos termos das reflexões feitas por reflexão feita por Ulrich Beck, Antony Giddens e Niklas Luhmann. Vale lembrar também que décadas antes Hannah Arendt já registrava uma “irritante incompatibilidade entre o real poderio do homem (...) e sua incapacidade de viver no mundo que seu poderio criou”⁵.

De toda sorte, a Sociologia do Risco surge como constatação dos efeitos da modernização e da reação do homem a tais efeitos. Ao contrário do que era previsto, o avanço da técnica e da ciência não foi acompanhado pelo crescimento do nível de segurança do homem no controle dos eventos naturais e sociais; mas, ao contrário, o contato entre os produtos das diversas tecnologias fez surgir efeitos colaterais, imprevisíveis, incontroláveis e impossíveis de serem mensurados. Daí a idéia de que o

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, p. 30.

⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*, p. 12.

risco é decorrência de uma decisão humana e não meramente de uma conjugação de circunstâncias aleatórias desvinculadas da sua ação.

De outro lado, diante da percepção de seu estado de insegurança, a sociedade pós-industrial passa não só a fazer a crítica da modernidade, como (e principalmente) a procurar alternativas para a redução do nível de ansiedade gerado pela *midiatização* e *publicização* do risco. Por esta razão é que se afirma que, enquanto, na sociedade de classes, o ideal é a igualdade, na sociedade de risco, a segurança passar a ocupar posto de legitimação do poder.

Este processo de difusão da insegurança subjetiva é apontado, por Jesús-María Silva Sanchez, como vetor fundamental para a canalização de grande parte das expectativas e clamores sociais na direção do Direito Penal. A realidade proporciona, assim, uma intensiva expansão do Direito Penal, destinada a pôr fim, ao menos simbolicamente, à *insegurança sentida* pelos indivíduos.

Esta expansão, por sua vez, é inicialmente, marcada pela criação de novos tipos de criminalização de condutas características dos tempos atuais, mas também (e principalmente) pela antecipação da punição à existência de um dano ou de risco concreto, pela flexibilização ou abandono aos critérios de imputação e culpabilidade; assim como pelo próprio abandono dos princípios das Teorias do Delito e da Pena e do próprio Direito Processual Penal.

O fato é que a escolha do Direito Penal para o desempenho da tarefa de *tranqüilizador social* não se dá ao acaso. Embora o advento do risco e da sensação de insegurança pudesse conduzir à expansão de outros mecanismos sociais, “tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”⁶.

Nos campos afetos à moral e à ética, a destruição de referenciais mínimos e coletivos de valores conduz a uma situação muito próxima à descrita por Émile Durkheim, como o estado de *anomia*. Exemplo disso é o fato de o Direito Penal ser também reclamado por instituições e grupos referidos por Silva Sanchez como *gestores ‘atípicos’ da moral*:

(...) associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (...), pacifistas (...), antidiscriminatórias (...) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de

⁶ SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*, p. 48.

uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses.⁷

Une-se a este processo, ainda, a grande “utilidade” do atendimento os apelos sociais por parte daqueles que ocupam cargos públicos: a facilidade da edição de leis penais e a positiva repercussão desta edição frente à opinião pública forma uma dupla bastante interesse, sob o ponto de vista eleitoral.

Observa-se, igualmente, que a condução dos temas e problemas pela mídia traduz-se em uma postura individual de identificação com a posição de vítima de uma infração. Este processo de *vitimização* é também compreendido como *infantilização* dos indivíduos que não mais aceitam a dor como elemento integrante da vida cotidiana, e, portanto, clamam por satisfações imediatas que respondam à sua frustração.

Mas é finalmente na ineficácia do Direito Civil (objetivado pela lógica da indenização) e do Direito Administrativo (amarrado pela burocracia e pela falta de credibilidade de seus excutores) que Silva Sanchez identifica a razão para a corriqueira definição do Direito Penal como instrumento de combate à insegurança produzida pela Sociedade de Risco.

Em linhas paralelas, a Criminologia Crítica ou Radical também permite a análise da eleição unânime e estável do Direito Penal como instrumento de *tranqüilização* da Sociedade do Risco.

Sintetizando as reflexões de diversos pensadores, Alessandro Baratta aponta para a lógica capitalista como fator de sustentação do Direito Penal (que, assim também serve de pilar para o sistema capitalista). Conforme assevera o autor italiano, enquanto o sistema econômico distribui desigualmente os bens de valor entre os indivíduos, o Direito Penal se encarrega da distribuição (igualmente) desigual do bem jurídico negativo, correspondente à atribuição do rótulo de criminoso. Assim, a conjugação entre o capitalismo (ainda que em suas novas formas) e o Direito Penal mantém o equilíbrio necessário para a sobrevivência do sistema. Na Sociedade do Risco, esta relação de simbiose também passa a servir como mecanismo de desigual distribuição dos riscos e inseguranças.

De qualquer modo, o que se verifica é que as características da sociedade pós-industrial consolidam a expansão de um Direito Penal, que, nas palavras de Rogério

⁷ SANCHEZ, Jesús-María Silva. ob. cit., p. 63.

Greco, não reconhece outra eficácia “senão a de tranquilizar a opinião pública” limitando-se a um efeito meramente simbólico, “ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se”⁸.

O resultado deste processo vem sendo apontado por muitos como *desalentador*: incumbido da impossível tarefa de afastar os riscos e a insegurança da sociedade, o Direito Penal passa a estar cercado de rigores e supressões de garantias, podendo-se afirmar que:

Somente uma firme persistência na necessidade de manter escrupulosamente as garantias político-criminais do Estado de Direito e as regras clássicas de imputação, também na luta contra a ‘antipática’ ou inclusive ‘odiosa’ macrocriminalidade, poderia evitar um dos elementos determinantes em maior medida da ‘expansão’ do Direito Penal. Mas não parece que a tendência aponte em tal sentido.⁹

Estas alterações, aliás, são sentidas em planos diversos. A título de ilustração, tem-se no direito pátrio o crescimento da *simpatia* por medidas sigilosas e práticas à revelia do investigado, a despeito de representar limitações importantes de direitos fundamentais. Assim ocorre, por exemplo, com as previsões da Lei n. 9.034/95 e da Lei n. 9.296/96. Ainda no plano local (e talvez mais gravemente) se encaminha a legislação de outros países, conforme o que é sintetizado por Flávia Piovesan:

A título de exemplo, citam-se pesquisas acerca da legislação aprovada nos mais diversos países, ampliando a aplicação da pena de morte e demais penas, tecendo discriminações insustentáveis, afrontando o devido processo legal e o direito a um julgamento público e justo, admitindo a extradição sem garantia de direitos, restringindo direitos, como a liberdade de reunião e de expressão, entre outras medidas.¹⁰

No plano regional, é possível citar as medidas europeias de restrição à imigração e na, esfera mundial, a atuação norte-americana de livre disposição de cidadãos de outras nacionalidades, não integrados ao território dos EUA. Nos termos do que foi apresentado inicialmente, Guantánamo é uma forte materialização destas violações de direitos fundamentais.

⁸GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**.

⁹SANCHEZ, Jesús-María Silva. ob. cit., p. 68.

¹⁰PIOVESAN, Flávia. ob. cit., p. 30.

Ocorre que, além de decorrer do movimento histórico, a limitação de garantias fundamentais passa a ser legitimadas pela já referida proposta de Jakobs: o *Direito Penal do Inimigo*.

Segundo o jurista alemão, as garantias pessoais que emanam do Direito são destinadas a indivíduos que cumprem com as expectativas necessárias à manutenção e ao equilíbrio do estado de Direito. Deste modo, se o indivíduo se revela incapaz de dar esta contraprestação à sociedade, não pode gozar do estado cidadão, devendo ser considerado como um inimigo, e, portanto, como indigno de garantias processuais e materiais.

Jakobs busca fundamento teórico para a sua proposta no pensamento contratualista e, portanto, na lógica de que o delinqüente é aquele que descumpre com o contrato social, já não podendo participar dos benefícios deste. Embora assente o seu raciocínio em Hobbes e Kant, Jakobs faz questão de assinalar seu elogio ao raciocínio de Rousseau e Fichte quanto ao tratamento devido ao criminoso. Segundo ele, é com “férrea coerência” que Fichte afirma que pela “falta de personalidade, a execução do criminoso ‘não [é uma] pena, mas só instrumento de segurança”¹¹.

Por este caminho, segue reconhecendo que nem toda forma de delito retira do indivíduo o estado de cidadão, em primeiro lugar porque “o delinqüente tem o dever de proceder à reparação do dano”¹², o que só é possível com a manutenção de sua personalidade. Em segundo lugar, pode reatar com a comunidade, desde que seu ato não represente dano ou risco à estrutura do Estado e do Direito. A partir disso afirma que:

De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinqüente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, o seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: “Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza (...)”.¹³

Referindo Kant, Jakobs destaca também este *estado de natureza* como um estado de ausência de legalidade, que ameaça constantemente a sociedade. E é nestes dois sentidos que a expressão passa a ser utilizada de forma recorrente na defesa de

¹¹ JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 26.

¹² JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 27.

¹³ JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 27.

legitimidade de um Direito Penal no Inimigo, inclusive na tentativa de analisar a questão internacional, sob o seu ponto de vista.

De qualquer modo, o autor prossegue, afirmando que, neste *estado de segurança*, o indivíduo “não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”¹⁴, representando um perigo e, assim, passando à função de inimigo do Estado e da sociedade. Nesta linha, Jakobs desenvolve claramente uma distinção entre indivíduos que cumprem com os caracteres de cidadão e outros, com os caracteres do inimigo. Aos primeiros, é atribuído o título de pessoa; aos segundos, este título é séria e abertamente negado.

A proposta de um Direito Penal do Inimigo é, assim, intimamente relacionada ao ideal (pós-industrial) de segurança e, em consequência, a uma proposta francamente destinada à defesa de quaisquer mecanismos capazes de promovê-la. Neste aspecto, a eliminação ou a exclusão do indivíduo definido como perigoso mostra-se como alternativa bastante pertinente – em razão do que Jakobs procura diferenciar a reação do Direito ao cidadão e ao inimigo.

Segundo ele, a pena é a comunicação da reafirmação da norma jurídica e da configuração social. Aliás, segundo o que propõe, em seu aspecto de prevenção geral positiva, a pena criminal não possui como função a proteção de bens jurídicos (como estabelece Roxim), mas a estabilização das expectativas sociais frente à norma. Deste modo, a aplicação da pena é uma forma de interação simbólica, para o que é necessário que o autor do fato criminoso seja seriamente considerado como pessoa. E isto não só para que possa compreender a punição que lhe é imposta, mas para que lhe seja possível negar seu ato e conferir segurança à sociedade quanto ao seu comportamento futuro.

Como esta expectativa não é possível diante ao inimigo, a resposta estatal a ele não teria nenhuma outra face além da coação, da incapacitação e da exclusão. Aliás, esta coação se realizaria em uma medida de segurança, não vinculada ao passado e à gravidade do fato praticado pelo indivíduo, mas projetada ao futuro, dada a periculosidade do agente.

Portanto, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito penal

¹⁴ JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 42.

do inimigo (neste contexto, Direito penal ao menos em sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) ao invés do Direito penal do cidadão, e a voz 'Direito' significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente (...).¹⁵

Além de estar caracterizado pela aplicação de medidas de segurança ao infrator, o Direito Penal do Inimigo estaria em atuação não somente diante de danos ou da efetiva prática de delitos, mas passaria à aplicação antecipadamente, a partir da existência de perigos de danos futuros, ou, ainda, comportamentos preparatórios, de crimes, por parte daqueles definidos como não-cidadãos. Esta característica de sua proposta é exemplificada com uma nova remissão ao terrorismo.

Seguindo no raciocínio de que é direito do Estado procurar segurança frente inimigo (sendo ela uma instituição jurídica), o autor alemão estabelece, como formais processuais legítimas, a prisão antecipada, a utilização de medidas forçadas e para a obtenção de informações, a manutenção de segredos processuais frente ao detido e a vedação de comunicação com o exterior ou com seus defensores. Mesmo porque, “esta coação não se dirige contra a pessoa *em Direito* (...) mas contra o indivíduo, que com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz nessa medida como inimigo”¹⁶.

Desta maneira, Jakobs propõe uma outra *velocidade* ao Direito Penal, admitindo a imposição de restrições da liberdade aliada a restrições de direitos fundamentais.

Para aqueles que diriam (como dizem) que o chamado Direito Penal do Inimigo corresponderia, na verdade, a um não-Direito, Jakobs se antecipa, ao dizer que a sua proposta configura um dos pólos do Direito Penal, ao oposto do qual se encontra o Direito Penal do Cidadão. A partir disso, acredita não haver um *racha* do sistema jurídico, nem mesmo no aspecto de Direito Internacional, posto que, segundo o que afirma, não haveria uma ordem jurídica comunitária estabelecida na esfera mundial, mas somente um postulado de realização de Direitos Humanos. Seja como for, para ele a identificação do inimigo estaria a impor um tratamento adequado a esta sua condição, já que:

(...) quem não quer privar o Direito penal cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; o respeito da

¹⁵ JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 23.

¹⁶ JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 40.

personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra foram aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.¹⁷

2. OS POSTULADOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO OPOSIÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

As incisivas afirmações de Jakobs são, sem dúvida, polêmicas. Ora taxadas como nazistas, ora ditas compreensíveis, é certo que as características do Direito Penal do Inimigo não se amoldam aos parâmetros mínimos dos Direitos Humanos.

E isto se deve, inicialmente, ao caráter descartável dado, pelo autor, à humanidade ou à condição de pessoa. Conforme visto, esta proposta teórica parte de um pressuposto bastante claro: o estado de cidadão (ou de pessoa) é atribuído ao indivíduo até que ele deixe de apresentar expectativas seguras quanto ao seu comportamento futuro, no seio social. Verificando-se a *periculosidade* do indivíduo, deve ser ele entendido como alguém despido de personalidade e, portanto, da titularidade de quaisquer direitos.

Ocorre que a condição de humanidade (antes mesmo da de cidadania) há muito vem sendo cunhada e desvelada como característica intrínseca a todo indivíduo, não sendo, portanto, um conceito tão vago ou simplista, como Jakobs faz parecer.

Em importante trabalho sobre a afirmação histórica dos Direitos Humanos, Fábio Konder Comparato apresenta as diversas fases por quê passou o desenvolvimento do conceito de pessoa, até a sua declaração em inúmeros instrumentos jurídicos – internacionais e nacionais.

Neste sentido, Comparato mergulha na história, passando pelo desenvolvimento das religiões monoteístas, do pensamento grego (na Antigüidade), pelas contribuições da própria Igreja Católica (no período medieval ou antes dele), até chegar em pensadores modernos, como Nietzsche, Kant e Habermans.

Após referir o período axial, o autor encontra em São Paulo importante referência à igualdade entre às pessoas, quando o Apóstolo afirma que *já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, bem homem nem mulher*. Ainda na análise em torno do cristianismo, Comparato identifica um reavivamento do pensamento de

¹⁷ JAKOBS, Günter. ob. cit., p. 37.

Aristóteles na afirmação de que o homem seria corpo e espírito (e, portanto, portador de dualismo equivalente à aparência e à essência gregas).

O autor segue apresentando dentre tantas outras, as reflexões feitas durante o desenvolvimento do pensamento ocidental que firmaram as bases para a identificação de uma natureza humana, pertencente a toda e qualquer pessoa e capaz de lhe conferir o direito a garantias mínimas de respeito e sobrevivência.

Vinculando esta concepção, ainda, passa pelo pensamento de Kant e Nietzsche. Quanto ao primeiro, destaca o enfoque na razão e na busca pela felicidade como critério de distinção do homem frente as demais *coisas* do mundo. Portanto, embora tenha admitido a possibilidade de o homem ser concebido como inimigo por seu semelhante (conforme o que é explorado por Jakobs), é certo de que, para Kant, o homem possui uma essência que lhe é peculiar e que o torna integrante de uma comunidade.

O mesmo se verifica em Nietzsche, definido por Comparato como o *pensador da dignidade humana*, uma vez que conseguiu desvincular o bem e o mal dos objetos e pessoas, por entendê-los como produtos de valorações humanas. Em suas palavras:

Em suma, a quarta etapa na compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas.

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam percebendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.¹⁸

Finalmente, segundo Comparato, a quinta e última etapa de formatação da dignidade humana enquanto conceito e valor universal estaria vinculada ao pensamento existencialista, pelo qual foi possível reconhecer a personalidade humana independentemente da função ou do papel exercido pelo indivíduo em sociedade.

Estas são, certamente, as bases para a construção dos Direitos Humanos como os conhecemos atualmente, ou seja, como “uma plataforma emancipatória voltada para a proteção da dignidade humana”¹⁹, ou como um processo de construção e de lutas voltadas à garantia desta dignidade. Seja como for, o fato é que os Direitos Humanos

¹⁸COMPARATO, Fábio Konder. ob. cit., p. 25-26.

¹⁹ Citação de Celso Lafer ao trabalho de Flávia Piovesan, no prefácio da obra *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, p. IX.

partem da concepção de que todo homem é dotado de uma essência ou de um arcabouço de características que o tornam necessariamente titular de direitos que devem ser garantidos pela organização social.

Novamente, vale perceber a complexidade desta concepção, não sendo possível suprimir a existência da dignidade do homem a partir da aplicação de um título – como o rótulo de inimigo.

Ademais, é impossível ignorar o volume, a extensão e a própria história de formação das manifestações internacionais, que reconhecem esta dignidade como paradigma insuperável.

Em uma anotação meramente ilustrativa, vê-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (proclamada após a Segunda Guerra Mundial de forma a marcar o início da internacionalização dos Direitos Humanos) já em seu preâmbulo reconhece que 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. Este texto é repetido em outros instrumentos internacionais, dentre os quais se destaca o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em outros termos, mas com o mesmo conteúdo, a Convenção Americana de Direitos Humanos preconiza 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”.

Retomando o texto da Declaração Universal, vê-se que, em seu Artigo I, estabelece-se que “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 do mesmo diploma, textualmente enfatiza-se que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

Disposições correspondentes a estas são encontradas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 16), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 3.º) e na Carta Africana de Direitos Humanos (art. 5.º), demonstrando a afinidade também dos sistemas regionais posteriormente desenvolvidos aos primeiros enunciados globais de Direitos Humanos.

Some-se a isso, as inúmeras declarações de garantias vinculadas ao reconhecimento da condição humana, dentre os quais cabe citar o direito à vida, à

igualdade (independentemente de sexo, raça, nacionalidade, religião etc.); à liberdade (em todas as suas formas); à proibição da escravidão e de qualquer forma de tortura; assim como às garantias processuais. Paralelos a esta gama de direitos civis e políticos, situam-se os direitos econômicos, sociais e ambientais (que, a despeito de mais recentemente elaborados são também alinhavados em vista do asseguramento da dignidade da pessoa humana).

Exatamente por esta razão, reconhece-se a interdependência, inter-relação e indivisibilidade de todos os Direitos Humanos²⁰, embora historicamente a declaração dos direitos civis e políticos tenha antecedido à dos demais. De qualquer forma, a concepção contemporânea de Direitos Humanos proclama de forma irretorquível a dignidade da pessoa humana, pretensamente afastável pelo Direito Penal do Inimigo.

É imprescindível salientar que a produção do Direito Internacional já permitiu a afirmação de que nem mesmo a referência a estados de exceção ou de risco social autoriza a supressão do núcleo essencial dos Direitos Humanos. Neste sentido, já foram enunciadas cláusulas de irrevogabilidade, como aquelas contidas nos arts. 15 e 27 das Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos.

Cabe unir a isso, também, a leitura de outras três Convenções, editadas em períodos históricos bastante distintos, mas das quais se extrai que mesmo em períodos de guerra, o Direito Internacional sempre zelou pela humanização dos conflitos e relações internacionais.

O primeiro dos diplomas referidos consiste na Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (de 1929). Em quase uma centena de artigos, os países signatários asseguram a manutenção da dignidade dos prisioneiros inimigos, a partir de previsões que variam das formas mais gerais às mais específicas e cotidianas. Assim, por exemplo, pelos arts. 2º e 3º declara-se que os prisioneiros de guerra devem ser tratados com humanidade, conservando a sua plena capacidade civil. De outro lado, nas seções seguintes, são destacados direitos relacionados à captura; ao cativo; às instalações e à higiene dos campos; à alimentação e ao vestuário do prisioneiro; à sua comunicação com o Estado a que pertence; à possibilidade de trabalho e de recebimento de soldo e de encomendas enviadas por familiares; à disciplina durante a detenção; às condições de transferência e à extensão das marchas a pé, dentre outras

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*.

interessantíssimas. Todas, no entanto, explicitamente destinadas a garantir que aquele que fora capturado como inimigo de guerra tenha garantida a sua dignidade de pessoa.

A mesma inspiração é reconhecida na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (de 1989). Remetendo-se aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos anteriormente firmados, este segundo diploma internacional afasta categoricamente e sem exceções a possibilidade de utilização da tortura, “reconhecendo que esses direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana”. Segundo o art. 2º, “em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura”, repetindo-se a irrevogabilidade de direitos já mencionada nos Pactos Americano e Europeu.

Finalmente, observa-se que também a recente Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (de 1997) manteve a dignidade da pessoa humana como o norte indesejável. Nos Artigos 7, 8, 13 e 14, esta Convenção estabelece os seguintes direitos para qualquer pessoa apresentada como responsável 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 outro Estado (a fim de participar de ato judicial); e, finalmente, 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 destas informações todas, é impossível, primeiro, rejeitar o consenso quanto à personalidade humana afeta a todo indivíduo e gerador da obrigação de respeito à sua dignidade. Há, portanto, tranquilidade sobre a existência de um *mínimo ético irreduzível* no âmbito internacional traduzido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, assim, não admite uma supressão tão simplista como a que é proposta por Jakobs, a partir do Direito Penal do Inimigo.

Neste ponto, aliás, cabe notar que nem mesmo a associação do crime com o estado de guerra (e do criminoso com o inimigo), subsiste à análise das declarações

internacionais de Direitos Humanos. Conforme visto, no início do século XX, os países já estabeleciam limites bastante rígidos para evitar violações durante a guerra, antes mesmo de os horrores do nazismo alertarem o mundo para a necessidade de serem firmados acordos em vista daquele *mínimo ético irreduzível*. Em outras palavras: mesmo em períodos desacompanhados da discussão dos Direitos Humanos, o estado de guerra foi dissociado do *estado natural* de Hobbes ou da autorização para a prática de atrocidades contra o ser humano.

Retomando a discussão anterior, tem-se, em segundo lugar, que o fenômeno da internacionalização e da jurisdicionalização dos direitos humanos esvazia por completo a afirmação de Jakobs, no sentido de que a defesa dos Direitos Humanos não obsta o reconhecimento da legitimidade do Direito Penal do Inimigo. Segundo o penalista alemão, não haveria uma ordem comunitária-legal estabelecida no plano internacional, de modo que não seria possível falar na sua manutenção, pelo respeito aos Direitos Humanos. Segundo ele, haveria, talvez, um protocolo de intenções em vista destes direitos, mas isso não asseguraria nenhuma espécie de personalidade individual. A realidade internacional, entretanto, mostra o contrário.

Tem-se, inicialmente, a existência de inúmeros diplomas legislativos internacionais, inter-relacionados e integrados aos ordenamentos nacionais – o que certamente vai além de *protocolos de intenções*, e corresponde a uma realidade que afeta toda comunidade internacional, regional e local.

Ademais, a jurisdicionalização dos Direitos Humanos apresenta-se de forma cada vez mais intensa no plano internacional, não só a partir dos Tribunais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional, como também através da atuação das Cortes Regionais de Direitos Humanos. Os debates travados na Corte Européia são exemplos disso, assim como a previsão e o efetivo exercício individual do direito de petição tem revelado que efetivamente o indivíduo goza de personalidade no plano internacional.

Portanto, ensaiando a contraposição entre o Direito Penal do Inimigo e o panorama contemporâneo e internacional dos Direitos Humanos, o que parece é que o primeiro não encontra respaldo algum para legitimar-se enquanto proposta jurídica moderna, nem mesmo no contexto da Sociedade do Risco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internacionalização dos Direitos Humanos rompeu como fenômeno após a Segunda Guerra Mundial, como reação aos horrores do nazismo. Guardadas as devidas proporções, a defesa da desconstituição jurídica da identidade humana (feita por Jakobs) permite a mesma *coisificação* de pessoas observada nos campos de concentração alemães.

Seguindo este mesmo raciocínio, acolher a tese de que a periculosidade do indivíduo autorizaria a supressão de todos os seus direitos seria retomar os ideais do darwinismo social, propondo que a sociedade deveria descartar ou incapacitar aqueles seus membros que exprimiriam as características indesejáveis para o processo de evolução social.

Em igual toada, ter-se-ia o reavivamento da criminologia etiológica individual, que, na verdade, constitui o verdadeiro berço da idéia de periculosidade. Partindo da catalogação das características de pessoas presas e internadas em manicômios, Lombroso, Ferri e Garófalo apresentaram a conclusão de que a delinqüência constitui atributo individual e genético, manifestada pelo indivíduo que se encontra em estado de saturação criminal. Deste modo, a identificação da intensidade destes atributos revelaria o nível de temor que a sociedade deveria nutrir em face daquele sujeito patológico. Esta temibilidade, por sua vez, justificaria a imposição de medidas de Defesa Social²¹ desvinculadas da gravidade do crime praticado, mas relacionadas à necessidade de segurança decorrente das características do autor.

Estes caracteres muito aproximam as propostas da Defesa Social de outrora ao jovem Direito Penal do Inimigo, demonstrando que não é, absolutamente, nova a idéia de utilizar dos instrumentos de coação do Estado à revelia de Princípios como a Legalidade, a Proporcionalidade, a Culpabilidade e o Devido Processo Legal – todos refletindo o integral conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Inúmeros são os críticos do Direito Penal do Inimigo e vultosas as críticas que ainda podem e devem ser feitas sob os aspectos do Direito Penal, do Direito Processual e da Criminologia, mas parece que todas elas sempre estarão vinculadas ao *mínimo ético irreduzível* felizmente reconhecido no cenário internacional.

²¹ Defesa Social foi a expressão eleita como tema de movimentos fundados nos ideais lombrosianos e voltados à utilização do Direito Penal como mecanismo de incapacitação, exclusão e tratamento de delinqüentes como indivíduos patológicos e perigosos para a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição, Rio de Janeiro, 2001.
- _____. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASSMANN, Selvino J. **A Sociedade Global do Risco – uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo** (Subsídios de Estudo – Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Filosofia e Ciências Humanas – Departamento de Filosofia). In <http://cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>. Acesso em 17/10/2005.
- 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.
- CARVALHO, Thiago Fabres. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. in www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Tiago_Fabres.pdf. Acesso em 15/07/2007.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DORNELES, Carlos. **Deus é inocente. A imprensa não**. São Paulo: Globo, 2003.
- GERBER, Daniel. **Direito Penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a velha estória de sempre**. 07/2005, in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>, consultado em 03/07/2007.
- GOMES, Luiz Fávio. **Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo**. 09/2005. in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>. Acesso em 03/07/2007.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. In <http://www.nadiatimm.jor.br/009/Materias/EspacoLivre/direitopenal.htm>. Acesso em 03/07/2007.
- JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre, 2007.
- MACHADO, Marta Rodrigues de Assis Machado. **Sociedade de Risco e Direito penal – Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (monografias / IBCCRIM; 34)

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad. 2003.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série As ciências criminais nas sociedades pós-industriais. Volume 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentos**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

TOGNOLLI, Cláudio Julio. **Jogo perigoso. Políticas de medo geram abusos dos direitos humanos**. In www.conjur.estadao.com.br/static/text/5585,1. Acesso em 03/07/2007.

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

WINTERBORRON, Michael e WHITECROSS, Mat. **A caminho de Guatánamo**. Documentário.