

# **Revista Justiça e Sistema Criminal**

---

Modernas Tendências do Sistema Criminal

FAE Centro Universitário

# AS ORIGENS IDEOLÓGICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO(\*)<sup>1</sup>

## THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF ENEMY'S CRIMINAL LAW

Francisco Muñoz Conde

*A meu amigo Gerardo Landrove Díaz*

### RESUMO<sup>2</sup>

A partir da exposição de seus antecedentes teóricos, trata-se do Direito Penal do inimigo, proposto na atualidade por Günther Jakobs, evidenciando-se as semelhanças ideológicas e jurídicas de referida concepção com os modelos de intervenção estatal adotados em regimes autoritários, tais como o nacional-socialismo alemão, com o fim de advertir, por meio de análise crítica, acerca da incompatibilidade da coexistência de um Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do inimigo no âmbito de um Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo; política criminal; Estado de Direito; nacional-socialismo

### ABSTRACT

From the enunciation of its theoretical antecedents, this article labors on Enemy's Criminal Law, proposed nowadays by Günther Jakobs, evidencing the ideological and juridical similarities of such conception with state intervention models adopted by authoritarian regimes, such as German national-socialism, as an attempt to warn, through critical analysis, about the incompatibility of coexistence between a Citizen's Criminal Law and an Enemy's Criminal Law inside the Rule of Law.

**Keywords:** Enemy's Criminal Law; Criminal Politics; Rule of Law; National-socialism.

---

\* O presente trabalho corresponde à versão escrita de duas conferências proferidas durante o primeiro trimestre de 2010 nos **Cursos de derecho penal**, da Universidade de Salamanca, e no **Dottorato di Ricerca in Teoria del Diritto e Ordine Giuridico Europeo**, da Faculdade de Direito da Universidade de Catanzaro. Agradeço as observações dos participantes de referidos cursos e especialmente aos convites formulados por seus coordenadores, Professora Dra. Ana Pérez Cepeda (Salamanca) e Professor Dr. Massimo La Torre (Catanzaro).

1 Tradução do texto original **Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo** por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora-chefe da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

2 Resumo e palavras-chave elaborados pela tradutora.

## 1 ALBIN ESER VERSUS GÜNTHER JAKOBS

Desde que em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, o professor Günther Jakobs, então catedrático de Direito Penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, *urbi et orbi*, a “má notícia” de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um Direito Penal do cidadão, um “Direito Penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*), em cujo âmbito, a fim de manter a “segurança cognitiva”, dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do Direito Penal de um Estado de Direito<sup>3</sup>, muito se escreveu e muitos foram os autores que tanto fora como dentro da Alemanha se pronunciaram sobre o tema<sup>4</sup>.

Em geral, a maioria desses autores mostrou-se contrária à tese de Jakobs, refutando a ideia de que nas atuais sociedades democráticas seja necessário um “Direito Penal do inimigo” e, em todo caso, que referido Direito Penal seja compatível com o Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos. Pioneiro nessa crítica foi o então diretor do *Max Planck Institut für ausländisches und internationale Strafrecht* de Freiburg im Breisgau, o também catedrático de Direito Penal Albin Eser, o qual, em seu discurso de encerramento do mencionado congresso de Berlim, respondeu a Jakobs que sua tese era muito similar às do Estado de Não Direito nacional-socialista, recordando-lhe as consequências da adoção desse último para a Alemanha.

Dizia exatamente Eser:

Essa ‘frieza’ que se deduz da concepção reduzida à lesão normativa assusta ainda mais quando contraposta à coexistência proposta por Jakobs de um ‘Direito Penal do cidadão’, respeitoso ao Estado de Direito e um ‘Direito Penal do inimigo’ emanado do poder estatal. Inimigo como ‘não pessoa’ é uma consideração que já conduziu à negação do

<sup>3</sup> Vide JAKOBS, Günther. La ciencia penal ante los retos del futuro, trad. Teresa Manso. In ESER/HASSEMER/BURKHARDT. **La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio**. Coord. Francisco MUNÓZ CONDE, Valencia, 2004, p.59 e ss. (referido trabalho pode ser encontrado em versão alemã original na obra coletiva que reúne as palestras e intervenções realizadas durante o Congresso de Berlim, no início de outubro de 1999. Vide ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessung und Ausblick*. München, 2000, p. 53 e ss.). A expressão alemã *Feindstrafrecht* fora já utilizada pelo mencionado autor em sua conferência durante as Jornadas de Penalistas Alemães de Frankfurt, em 1985, ainda que em sentido mais crítico (vide JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung, *In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, 1985, p. 751 e ss (há tradução espanhola de Enrique Peñaranda Ramos em JAKOBS, Günther, **Estudios de derecho penal**, Madrid, 1997).

<sup>4</sup> A bibliografia já existente a respeito é quase inabarcável, podendo-se encontrar uma boa parte dela em diversos livros coletivos, entre os quais cabe mencionar, na Espanha, *El derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, coordenado por Manuel CANCIO MELIÁ e Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, Madrid, 2006; na Itália, **Delitto politico e diritto penale del nemico**, a cargo de Alessandro GAMBERINI e Renzo ORLANDI, Bologna, 2007; na Alemanha, *Kritik des Feindstrafrechts*, editado por Thomas VORMBAUM com a colaboração de Martin ASHOLT, Berlin, 2009.

Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios utilizados para determinar quem é ‘cidadão’ e quem é ‘inimigo’. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles possam derivar – e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica<sup>5</sup>.

A resposta de Eser, um tanto amarga e extemporânea em um discurso de encerramento quando Jakobs já não tinha possibilidade de responder, produziu entre muitos participantes daquele congresso um sentimento contraditório de desconforto, por um lado, porém também de aprovação, por outro, ao se ver como um dos principais representantes do Direito Penal alemão (nada menos que o Diretor do *Max Planck Institut* de Direito Penal) colocava o dedo na ferida mais lacerante do passado recente na Alemanha, no regime nacional-socialista e na participação que em algumas de suas construções jurídicas mais aberrantes teve um dos penalistas alemães mais destacados, o catedrático de Direito Penal da Universidade de Munique, Edmund Mezger, “em cujo Tratado – afirma Eser –, aprendi de boa-fé Direito Penal em meados dos anos cinquenta, ignorando então sua capacidade de adaptação dogmática”<sup>6</sup>.

Confesso que aquelas palavras de Albin Eser produziram em mim um forte impacto, ao ouvir pela primeira vez na Alemanha em um foro público algo que naquele momento estava buscando averiguar: os vínculos que o famoso penalista Edmund Mezger havia tido com o regime nazista e as relações que podiam ter algumas concepções teóricas recentes, como a que acabava de fazer Jakobs, com construções teóricas similares estabelecidas anteriormente por alguns juristas para legitimar o regime nazista e as aberrações jurídicas cometidas nesse âmbito. Também eu havia estudado em meus primeiros anos de formação como penalista o Tratado de Direito Penal de Mezger e também de boa-fé acreditava, então, que alguém de tão alto nível dogmático somente podia ser um jurista respeitoso às regras e princípios básicos do Direito Penal do Estado de Direito<sup>7</sup>. Por isso, assim como ocorreu com Eser, não pude deixar de manifestar minha surpresa e também – por que não dizê-lo? – minha indignação quando pouco tempo depois pude comprovar documentalmente que Mezger não apenas, como dizia Eser<sup>8</sup>, “após haver erigido o princípio da legalidade ao mais alto

---

<sup>5</sup> ESER, Consideración final, Tradução: Carmen Gómez Rivero, In ESER/HASSEMER/BURKHARDT, cit., p. 472.

<sup>6</sup> ESER, lug. .u. cit.

<sup>7</sup> Vide Francisco MUÑOZ CONDE, Introducción a la reedición argentina del tratado de derecho penal de Edmund Mezger, Buenos Aires, 2010.

<sup>8</sup> ESER, lug. cit.

nível, pouco depois o degradou e logo voltou a colocá-lo nas alturas, em consonância às transformações políticas da época”, como também colaborou diretamente na elaboração de um dos engendros jurídicos mais repugnantes do regime nacional-socialista, no âmbito de um projeto de lei de tratamento dos “estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*), para os quais propunha a internação em campos de concentração por tempo indefinido, sua esterilização para evitar uma herança indesejável, a castração dos delinquentes sexuais, incluindo entre eles os homossexuais, e, se a defesa da sociedade assim o requeresse, sua condenação à morte; e tudo isso sem limites nem garantias para além da simples decisão da polícia do regime nacional-socialista<sup>9</sup>. E a fim de fundamentar suas propostas e de não entrar em contradição com as construções dogmáticas que havia demonstrado em seu Tratado e em outros trabalhos de tipo dogmático, propunha a existência de dois (ou mais) Direitos Penais: um para o cidadão normal, com todas as garantias e sutilezas da dogmática jurídico-penal tradicional, e outro distinto dirigido aos que denominava “estranhos ou inimigos da comunidade”, para os quais simplesmente propunha a eliminação ou extermínio, sem maiores exigências nem controles jurídicos além da pura e simples vontade da polícia do regime nazista<sup>10</sup>.

Por tudo isso, parece-me necessário também agora que, como dizia Eser naquela ocasião, “na medida em que o futuro deva configurar-se de forma coincidente com o passado e a partir de seus ensinamentos, leve-se a cabo uma investigação básica sobre até que ponto as aberrações nacional-socialistas de nossos antepassados estavam já implícitas em suas teorias ou apenas se explicam por debilidade pessoal.”<sup>11</sup>. Porém a isso acrescentaria a necessidade de investigar e analisar também até que ponto algumas construções jurídicas do presente, como a que propõe Jakobs com seu Direito Penal do inimigo, não implicam uma volta ao passado e encerram o perigo de legitimar de algum modo um retorno ao modelo de Estado autoritário que teve tão graves consequências não apenas para a Alemanha, como também para o mundo em geral. Ocupar-me-ei dessas questões nas epígrafes seguintes.

---

<sup>9</sup> O texto desse projeto de lei e os respectivos informes escritos por Mezger podem ser vistos em FRANCISCO MUNÓZ CONDE, **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**, 4. ed. Valencia, 2004, p. 193 e ss. (Há uma versão dessa edição em português, traduzida por Paulo Busato, sob o título *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, 2005, e outra em alemão, traduzida por Moritz Vormbaum, intitulada *Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin, 2007.

<sup>10</sup> Vide os informes desse autor para o referido projeto de lei em MUNÓZ CONDE, *Edmund Mezger...*, lug. cit, e infra.

<sup>11</sup> ESER, lug. cit.

## 2 A TESE DE JAKOBS

Certamente, Jakobs não chega tão longe como chegou Mezger em suas concepções e propostas. Na conferência antes aludida e em outros trabalhos posteriores<sup>12</sup>, o autor simplesmente limita-se a descrever e assumir como uma realidade inevitável, por mais que, segundo ele próprio, possa resultar desagradável e até repugnante (*anstössig*), as características do que define como um “Direito Penal do inimigo” e que são, em sua opinião, as seguintes<sup>13</sup>:

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive “penas draconianas”;
2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.;
3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Tudo isso é agrupado em uma espécie de programa ou declaração de guerra contra “inimigos”, os quais Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes. A tais inimigos o autor declara “não pessoas” (*Unpersonen*), que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se, portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede apenas às “pessoas”<sup>14</sup>.

A atitude de Jakobs frente a esse “Direito Penal de inimigo” é, em princípio, meramente descritiva, porém tanto em sua conferência de Berlim, como em trabalhos posteriores, considera que, por mais amarga e desagradável que seja sua existência, é uma realidade e uma necessidade inegável que demonstra também nas sociedades democráticas “a impossibilidade de uma juridicidade total”<sup>15</sup>, e o reconhecimento de que frente a determinados sujeitos, os denominados “inimigos”, o Estado não pode proceder de outro

---

<sup>12</sup> Cf., por exemplo, JAKOBS, Günther. **Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht** (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá e constante do livro conjunto Günther JAKOBS/Manual CANCIO MELIÁ, **Derecho penal del enemigo**, Madrid, 2003 (publicado também em Buenos Aires, 2005).

<sup>13</sup> As afirmações que seguem foram tomadas, de forma resumida, do artigo de JAKOBS citado na nota 1.

<sup>14</sup> Cf. JAKOBS, ob.c it na nota 1.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther. Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità, In *Delitto político...*, cit. supra nota 2, (versão italiana realizada por Luigi Cornacchia de um artigo publicado por Jakobs na Alemanha e em outros países e do qual há também tradução espanhola).

modo senão com instrumentos contundentes, para além do admissível em um Estado de Direito, ainda que às custas do desrespeito de alguns de seus direitos fundamentais.

Com isso, sem dúvida referido autor abre as portas para um Direito Penal ilimitado, no qual são perfeitamente admissíveis à criminalização da simples dissidência ou de expressões em favor de ideias extremistas, as penas “draconianas”, inclusive da pena de morte, extrapolando a ideia de proporcionalidade, e a restrição de alguns direitos processuais do imputado ou a utilização de meios de prova ilícitos, como a tortura.

Parece óbvio que ao professor Jakobs não devam agradecer as consequências extremas desse Direito Penal do inimigo, contudo é evidente também que, sendo esse o caso, há de se admiti-las como necessárias e inevitáveis, sem outro recurso senão lamentar que isso ocorra e desejar que a piedade e compaixão humanas reduzam ou limitem seus efeitos a níveis humanamente suportáveis<sup>16</sup>.

Ao menos isso é o que cabe deduzir de suas concepções, sendo a dedução da maioria dos autores que se pronunciaram sobre elas, começando pelo pioneiro dessas críticas, Albin Eser, por mais que alguns tenham buscado justificar a postura de Jakobs aduzindo que sua atitude é meramente descritiva. Ao contrário, da leitura de seus textos não se pode, a meu juízo, deduzir outra coisa senão que Jakobs legitima e defende a necessidade do Direito Penal do inimigo, sem que o preocupem em absoluto os perigos que sua tese aparentemente descritiva possa representar para a ideia do Estado de Direito<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> A esse respeito afirma JAKOBS, **Diritto penale del nemico?** cit. pp. 128/129: “Certamente pode ser necessário que a força com que se exige o cumprimento das obrigações se converta desde logo em algo que se pode chamar de tortura, um modo de atuar que despersonaliza o sujeito passivo da tortura. Esse seria o âmbito da relação com o inimigo. Um Estado que admite que se deve derrubar um avião com ocupantes inocentes não pode conceder todas as garantias do Estado de Direito aos agentes culpáveis. Em outras palavras, as vítimas potenciais do abate do avião têm uma pretensão legítima frente ao Estado a que este busque evitar com todos os meios que se chegue a essa situação de necessidade. Novamente, em outras palavras, existe em Direito uma proibição absoluta de tortura, que corresponde ao conteúdo conceitual puro e simples do Direito; porém o problema se põe de modo diverso, isto é, nos seguintes termos: se o Estado pode permanecer no Direito sempre e frente a todos”. Por diversas razões, entre outras a proibição universal absoluta de tortura como meio de prova e castigo, pronunciei-me expressamente contra essa possibilidade em vários trabalhos. Vide, por todos, Francisco MUÑOZ CONDE. **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo**, Buenos Aires, 2008. Igualmente, ocupei-me em outros trabalhos monográficos das teses de Jakobs, alguns dos quais reunidos na segunda edição de meu **De nuevo sobre el derecho penal del enemigo**, Buenos Aires, 2008. Alguns desses trabalhos encontram-se também nos livros coletivos mencionados na nota 3. Em relação ao exemplo apontado por JAKOBS para justificar que em casos extremos se possa admitir a tortura, da possibilidade de disparar e derrubar um avião de passageiros sequestrado por um grupo de terroristas para chocá-lo contra um objetivo militar ou contra um edifício repleto de pessoas, apenas cabe dizer que o Tribunal Constitucional Federal de Alemanha declarou inconstitucional o dispositivo da Lei de Navegação Aérea alemã que admitia tal possibilidade.

<sup>17</sup> Essa atitude de rechaço à concepção teórica de Jakobs pode ser vista na maioria dos artigos reunidos nos livros coletivos citados na nota 3. Apenas um grupo absolutamente minoritário insiste no caráter descritivo da tese de Jakobs, sem afirmar aberta e claramente se seu Direito Penal do inimigo é ou não compatível com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

Poder-se-ia dizer em favor de Jakobs que sua concepção é puramente teórica e que, como tal, não se lhe pode atribuir a responsabilidade pelas consequências negativas que esta possa ter no mundo real, ou, como se diz no preâmbulo de algumas obras de ficção, que “qualquer semelhança de sua tese com a realidade é pura coincidência”. Porém a realidade nesse caso vem demonstrar que qualquer tese que favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, por mais que seja apenas em casos muito concretos e extremos, termina por abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito. E disso temos exemplos claros na história recente da Alemanha com o nacional-socialismo, na da Itália com o fascismo, na da Espanha com a ditadura de Franco, na da antiga União Soviética e em outros países do leste da Europa durante o regime das ditaduras comunistas, como também atualmente em outros muitos países, e especialmente nas atrocidades cometidas nos campos de detenção criados pelo Governo dos Estados Unidos da América após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, após a invasão do Afeganistão e Iraque, em Abu Chraig e Guantânamo, apenas para mencionar os casos mais conhecidos de abusos e violações de direitos humanos cometidos pela Administração e pelo Exército daquele país, sob o amparo da legislação de emergência (*Patriotic Act*) criada na sequência do atentado.

### 3 ALGUNS ANTECEDENTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Seria injusto, contudo, considerar que o Direito Penal do inimigo seja uma construção ou uma invenção jurídica criada por Jakobs. Como dissemos antes, na mesma Alemanha e não somente durante o regime nacional-socialista, podem ser encontradas teses e construções análogas ou com o mesmo significado político-jurídico, ainda que com nomes ou nuances diversos.

Nesse sentido, compartilho da opinião mantida por diversos historiadores fora e dentro do âmbito jurídico, e neste último campo sobretudo por Thomas Vormbaum<sup>18</sup>, segundo a qual muitas das construções jurídicas do nacional-socialismo não constituíram mais do que a radicalização levada até suas últimas consequências de concepções de diversas procedências ideológicas que estavam já bastante elaboradas e inclusive vinham sendo praticadas em outros países antes do que na Alemanha nazista.

---

<sup>18</sup> Vide, de JAKOBS, *Einführung in die juristische Zeitgeschichte*, Berlin, 2009, p. 271 e ss., e minha resenha a essa obra na *Revista Penal*, n. 24, 2009.

Assim, por exemplo, precedentes da seleção racista levada a cabo pelos nazistas encontram-se nas ideias evolucionistas do darwinismo social, nas teorias lombrosianas do “delinquente nato”, nas propostas eugênicas de Galton, nas leis de imigração norte-americanas do início do século XX, nas esterilizações obrigatórias de doentes mentais e de portadores de enfermidades hereditárias nos países escandinavos e em alguns Estados dos Estados Unidos da América, etc.

É, porém, nessa mesma ciência penal alemã onde se pode traçar uma “linha vermelha” que, desde o fim do século XIX, conduz a posições teóricas similares às que atualmente defende Jakobs. Nesse sentido, podem-se mencionar os nomes de Franz von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger, que, embora com diferentes nuances e em épocas e regimes políticos diversos, defenderam ideias que podem ser consideradas como antecedentes imediatos do Direito Penal do inimigo. Além disso, esses autores, da mesma forma que Jakobs, também eram cultivadores da dogmática jurídico-penal, isto é, de uma concepção do Direito Penal fundamentalmente teórico-sistemática, em cujo respectivo âmbito, a partir do Direito Penal positivo, se elabora uma teoria geral da imputação na qual, de modo sequencial, passo a passo, vão-se distribuindo sistematicamente os elementos ou categorias que fundamentam a responsabilidade penal: a tipicidade e a antijuricidade do fato e a culpabilidade de seu autor. Nesse sentido, no cabe dúvida de que a dogmática penal alemã seja a técnica sistematizadora do Direito Penal melhor elaborada entre as atualmente existentes. Sua perduração durante mais de um século, apesar de suas distintas versões existentes (causalista, finalista, funcionalista), e sua recepção em outros países demonstram a solidez de suas bases metodológicas e sua utilidade para uma correta interpretação do Direito Penal positivo de qualquer país<sup>19</sup>.

A muitos dos mais qualificados representantes de tal dogmática penal, todavia, não lhes escapou que essa poderia ser um obstáculo para o enfrentamento de determinados problemas sociais e formas de criminalidade consideradas especialmente preocupantes e ameaçadoras da estabilidade da ordem social, estabelecendo-se com isso um conflito que apenas poderia ser resolvido com o sacrifício de uma em benefício da outra.

Um desses autores foi o catedrático de Direito Penal da Universidade de Berlim entre o final do século XIX e o princípio do XX, o professor Franz von Liszt, o qual, ainda que de origem austríaca, desenvolveu a maior parte de sua carreira acadêmica nas Universidades alemãs de Giesen, Marburgo e Berlim. Para Von Liszt, estava claro, em princípio, que o

---

<sup>19</sup> Sobre isso vide, por exemplo, Francisco MUÑOZ CONDE. *Universalizing Criminal Law*, *In Tulsa Law Review*, 2007, e, do mesmo autor, *La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación al derecho penal chino*, *In Homenaje al Profesor Santiago Mir*, 2010.

Direito Penal deveria ser “a barreira intransponível da política criminal”. Sob seu ponto de vista, o Direito Penal teria que oferecer um baluarte inexpugnável a qualquer concepção político-criminal que quisesse acabar com a criminalidade a todo custo e a qualquer preço, prescindindo de princípios básicos, tais como, por exemplo, o da legalidade dos delitos e das penas, os quais qualificava como “Magna Carta do delinquente” e “base inexpugnável” para a política criminal<sup>20</sup>.

Porém, imediatamente o autor austríaco se dá conta de que tal concepção poderia representar um obstáculo para combater eficazmente um problema que tanto ele como a maioria dos penalistas e criminólogos de sua época consideravam como um dos piores males sociais: a reincidência no delito. A esse respeito, Von Liszt afirmava que os reincidentes habituais, os quais incluía no grupo dos delinquentes que denominava “incorrigíveis”, eram:

O elo certamente mais importante e perigoso dessa cadeia de patologias sociais, que denominamos sob o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente. Todos esses constituem o exército de inimigos principais da ordem social, entre os quais os delinquentes habituais constituem o Estado maior<sup>21</sup>.

Em relação a esse tipo de “inimigos da ordem social”, entre os quais incluía, além dos delinquentes habituais, também os “mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente”, Franz von Liszt não parecia muito disposto a ser consequente com a concepção garantista que poucas páginas antes em sua monografia havia proposto como missão do Direito Penal frente à política criminal. Em sua opinião, as pessoas que, por sua forma de vida, podiam ser consideradas um perigo para a ordem social, tinham que ser simplesmente “inocuízadas”. E, na sequência, descrevia como deveria levar-se a cabo essa “inocuízção” (*Unschädlichmachung*), do seguinte modo:

---

<sup>20</sup> Von LISZT, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Gutachten für die Allg. Versammlung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 1893; Mitteilungen, Bd. IV, In: *Strafrechtliche Vorträge* a.a.O., Bd.2, 77.

<sup>21</sup> Vide Franz von LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, publicado originalmente em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 3, e logo reunido em seu *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1905, reimpressão de 1975), Tomo I, p. 163. Há tradução em espanhol de Enrique Aimone Gibson, com prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, Chile, 1984, sob título *La idea de fin en el Derecho penal*, e outra de Carlos Pérez del Valle, com prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada, 1990. Há também uma tradução em italiano de Alessandro Alberto Calvi, sob título *La teoría dello scopo nel Diritto penale*, Milano, 1962. Sobre isso remeto a meus trabalhos *Das Erbe Franz von Liszts*, In *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010; e *Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker*, In *Festschrift für das 200. jährige Bestehen der Willhelm-Universität Berlin*, 2010.

A prisão perpétua ou, se for o caso, de duração indeterminada, em campos de trabalho, em “servidão penal”, com estrita obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível de sua força de trabalho sem excluir como sanção disciplinar à pena de açoites e com a consequente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estroito jejum<sup>22</sup>.

Pouco antes dessa afirmação, Von Liszt já havia proposto a mesma ideia em uma carta pessoal a outro penalista, Dochow, com o qual havia fundado a atualmente considerada mais importante revista alemã de Direito Penal, a *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Nessa carta dizia o seguinte:

O trabalho forçado com disciplina militar, com o menor gasto possível, até que esses bandidos sejam arruinados. Indispensável à pena de açoites. A inocuização deve levar-se a cabo às suas custas e não às nossas. Alimentá-los, dar-lhes ar e movimento conforme princípios racionais é um abuso do dinheiro dos contribuintes<sup>23</sup>.

Naturalmente, com este programa von Liszt pensava que era possível prescindir da pena de morte, não por razões de humanidade, e sim de mera conveniência ou utilidade: “Se não queremos decapitá-los, nem podemos deportá-los, não nos resta outra alternativa senão encarcerá-los de forma vitalícia ou por tempo indeterminado”<sup>24</sup>.

Conforme se depreende da leitura desses textos, para Von Liszt, em relação aos que denominava “incorrigíveis”, o Direito Penal não representava mais “a barreira “intransponível da política criminal”, mas sim o veículo por meio do qual se teria que exercer uma política criminal de luta e aniquilamento ou “inocuização” de um determinado grupo de delinquentes ou pessoas marginalizadas socialmente, aos quais desdenhosamente denominava “proletariado” e “principais inimigos da ordem social”. No fundo, com sua classificação dos delinquentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis<sup>25</sup>, o que von Liszt chegou a propor foi a existência de dois ou mais tipos de Direito Penal, correspondente cada um a duas classes de política criminal diferentes: uma limitada por princípios jurídicos respeitosos aos direitos individuais e outra sem nenhum tipo de limites, de luta e de

---

<sup>22</sup> Franz von Liszt, *lug. u.cit.* p.180.

<sup>23</sup> Carta personal de von Liszt a Dochow, de 21. Noviembre de 1880, citada por Radbruch *Elegantiae iuris Criminalis*, recogida en Gustav Radbruch *Biographische Schriften*, editada por Günter Spendel, Heidelberg 1988, p. 45)

<sup>24</sup> Von Liszt, *Der Zweckgedanke cit.*, p. 169. Véase también V. Liszt *Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Teiles eines Strafgesetzbuches für Russland*, en *Strafrechtliche Aufsätze cit.* tomo 2, p.182: “A decisão final deve ser reservada aos fatores políticos competentes (...). Sua manutenção será aprovada por aqueles que concedem mais valor às considerações políticas do que por aqueles que são afetados por considerações idealistas, que frequentemente são patologicamente humanitárias”.

<sup>25</sup> VON LISZT, *lug. cit.*, p. 126.

extermínio daqueles que representavam um perigo à ordem social e eram classificados como incorrigíveis (considerando como tais mais da metade da população carcerária existente nesse momento na Alemanha).<sup>26</sup>

Não é estranho, pois, que sua proposta tenha sido criticada e rejeitada em razão de sua incoerência por outro grande penalista alemão da época, o catedrático de Direito Penal de Leipzig, Karl Binding, que mantinha uma concepção distinta da pena, baseada na retribuição da culpabilidade, rechaçando em consequência à pena de segurança fundada na pura periculosidade que propunha von Liszt.

Porém, tampouco a proposta de Binding em relação ao tratamento penal dos reincidentes ficava atrás em relação à de von Liszt no que se refere à dureza e contundência. Simplesmente, ainda que partindo de pressupostos metodológicos distintos, Binding afirmava o mesmo e inclusive coisas ainda mais graves:

A pena é outra coisa, algo mais elevado e mais nobre. O que há de ser feito é configurá-la de um modo mais contundente contra a reincidência criminal e utilizá-la como forma de inocuidade da 'espécie criminal', inclusive agravando-a se for necessário, no caso de reincidência, até a prisão perpétua ou a pena de morte<sup>27</sup>.

Desde logo, a proposta de Binding não dista muito da de von Liszt, sobretudo tendo-se em conta que ambas se referem à reincidência, sem especificar se se trata de delitos graves, e sem exigir, portanto, nenhum tipo de limite fundado na ideia de culpabilidade ou ao menos de proporcionalidade. No fundo, tinha, pois, razão Von Liszt quando respondia a Binding afirmando<sup>28</sup> que não importava tanto o nome que se quisesse dar à "criatura", pena ou medida, porque de fato tanto uma como outra, no caso dos reincidentes, tinham a mesma finalidade, isto é, a inocuidade daqueles que Binding, ainda de forma mais dura do que von Liszt, chamava "espécie criminal".

---

<sup>26</sup> VON LISZT, lug. cit., p. 168/169. "Essas cifras (as da estatística prussiana) demonstram que ao menos a metade de todas essas pessoas que ano após ano povoam nossos cárceres são delinquentes habituais incorrigíveis".

<sup>27</sup> Cf. BINDING no prólogo a seu Grundriss des Strafrechts, AT, 1906.

<sup>28</sup> VON LISZT. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, In: *Strafrechtliche Vorträge cit.*, p. 368: "Nesse ponto, não há que se dar importância ao nome que se confira à criatura. Isso constitui algo precisamente amigável no procedimento de nossos opositores, que restam satisfeitos quando se mantêm os velhos nomes veneráveis. No 'castigo' dos delinquentes habituais não se pode exceder o equilíbrio entre culpabilidade e expiação, porém contra 'medidas de segurança' perpétuas ou de longa duração, aplicadas após o cumprimento da pena, nada têm que objetar nossos opositores. A Justiça 'retributiva' não permite, afirmam, dois anos de prisão a vagabundos incorrigíveis, porém estariam de acordo conosco em aplicar-lhes a muito mais grave internação em uma casa de trabalho por cinco anos. Chamemo-la, pois, medida de segurança ou casa de trabalho; tomemos o que podemos aceitar". Tenha-se em conta que Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo II, primeiro volume, 2. ed., Leipzig, 1914, p. 464) não rejeitava a aplicação de medidas de natureza puramente policial contra os não culpáveis, porém perigosos; o único que rechaçava era sua denominação com o "venerável nome de pena", o que de algum modo justifica a resposta de von Liszt.

Sob esse ponto de vista, a famosa “Luta de Escolas” (*Schulstreit*) que dividiu os penalistas alemães do final do século XIX entre os que defendiam uma pena orientada à prevenção (a denominada Escola Moderna, encabeçada por von Liszt) e os que defendiam a pena como retribuição (a chamada Escola Clássica, encabeçada sobretudo por Binding)<sup>29</sup>, não se deu no que se refere ao tratamento que deveria ser dado aos reincidentes, em relação aos quais os dois mais destacados representantes de ambas as Escolas defendiam a mesma solução e com a mesma ênfase: a inocuização, seja por meio da prisão perpétua, seja, inclusive, por meio da pena de morte<sup>30</sup>.

Poder-se-ia indagar até que ponto a atitude de Binding em relação a esse problema era coerente com sua concepção acerca da pena como retribuição da culpabilidade, porque ainda que se entenda que a reincidência é simplesmente produto de uma maior culpabilidade, o que certamente é mais do que discutível, não parece justificado que em delitos de escassa gravidade, como, por exemplo, um furto, a reincidência possa motivar nada menos que a aplicação da prisão perpétua ou da pena de morte. A postura de Binding revela-se, porém, ainda mais surpreendente se analisada sob o ponto de vista exclusivamente retributivo com o qual o autor enfocou sua obra magna *Die Normen und ihre Übertretung*, na qual há passagens claramente contrárias à fundamentação de uma reação punitiva na simples periculosidade do delinquente<sup>31</sup>. Ainda menos coerente com essa concepção majestática da pena como retribuição é a proposta feita por Binding anos mais tarde, já no último ano de sua vida, em uma famosa monografia que escreveu em colaboração com o psiquiatra Hoche, na qual se propunha simplesmente o extermínio dos “seres desprovidos de valor vital”, exibindo um utilitarismo pragmático desprovido

---

<sup>29</sup> Sobre esse duplo e aparentemente contraditório modo de entender o sentido da pena, vide recentemente Winfried HASSEMER. *Warum Strafe sein muss?*, 2. ed., 2009, p. 50 e ss.

<sup>30</sup> Tem razão, pois, NAUCKE, “Schulstreik”?, In *Festschrift für Hassemer*, cit., p. 559 e ss., quando questiona que realmente se possa falar de uma “Luta de Escolas”, já que ambas em muitas questões mantinham critérios parecidos. Também Thomas VORMBAUM. *Einführung* cit., p. 137 e ss. relativiza o contraste entre ambas as Escolas.

<sup>31</sup> Vide, por exemplo, o que Binding afirma no Tomo II, primeiro volume, p. 462-464 de sua obra capital, *Die Normen und ihre Übertretung*, a.cit., onde defende com toda energia que o enfermo mental no pode ser considerado responsável penalmente por faltar-lhe a culpabilidade, considerando que a tese que estabelece como fundamento da sanção penal a periculosidade, como o fazem Ferri e von Liszt, desconhece a diferença fundamental que existe entre os seres imputáveis e, portanto, culpáveis, daquilo que fazem, e os que não o são, advertindo que a equiparação de ambos sob a etiqueta da periculosidade despreza direitos fundamentais da personalidade. Todavia, como já se afirmou na nota 25, Binding não tinha inconvenientes em admitir a aplicação de medidas de caráter policial aos não culpáveis, porém perigosos.

do menor sentimento compassivo e humanitário em relação às pessoas que considerava carentes de valor vital (acometidas de enfermidades mentais incuráveis ou em estados de inconsciência permanente)<sup>32</sup>.

b) E se esses programas de inocuidade ou até mesmo de extermínio físico dos “incorrigíveis” eram já mantidos por ilustres penalistas em um momento de máximo esplendor econômico, científico e tecnológico da poderosa Alemanha do final do século XIX, podemos imaginar os ventos que corriam nessa mesma nação, após sua derrota na Primeira Guerra Mundial (1914/18), e as humilhantes condições que lhes impuseram as potências vencedoras no Tratado de Versalles, que provocaram uma crise econômica e social de grandes dimensões, com mais de sete milhões de desempregados.

Em tais circunstâncias, foi um discípulo direto de von Liszt, o penalista e filósofo do Direito Gustav Radbruch, que, a partir de seu cargo de Ministro da Justiça em um governo socialista (1922), durante a República de Weimar, elaborou um Projeto de Código Penal no qual, entre outras novidades, introduziu a denominada “Custódia de Segurança” (*Sicherungsverwahrung*), uma medida de segurança que permitia o prolongamento por tempo indefinido da pena privativa de liberdade para os delinquentes “habituais e profissionais”, uma vez que esses haviam cumprido a pena de prisão que se lhes havia imposto<sup>33</sup>. É certamente contraditório que um ilustre penalista e democrata como Radbruch, que a todo custo defendia também em seu Projeto o princípio da culpabilidade como fundamento da pena, assumisse uma ideia de controle adicional e indefinido da pena de prisão pela via de uma medida de segurança. Porém, como afirmou Eberhard Schmidt em sua introdução à publicação de tal Projeto, “frente a esse problema central da política criminal e da dogmática jurídico-penal o Ministro de Justiça Radbruch não podia se sentir tão livre como o intelectual Gustav Radbruch”<sup>34</sup>. E, efetivamente, naquela época de pleno desastre econômico e social, como consequência da derrota na Primeira Guerra Mundial e

---

<sup>32</sup> Vide Karl BINDING/Alfred HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Ihr Mass und Ihre Form*, 1920. Há uma reimpressão de 2006, com uma interessante e ilustrativa introdução de Wolfgang Naucke. Também existem traduções em outros idiomas, dentre as quais destaca-se a realizada por Bautista Serigós. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, Buenos Aires, 2009, com um interessante prólogo de Raúl Zaffaroni. Tanto Naucke como Zaffaroni advertem sobre a incoerência dessa proposta eutanásica em relação à sua concepção retributiva da pena, ainda que ambos estejam de acordo que uma interpretação *sui generis* de sua concepção acerca das normas podia levar Binding a inventar normas que permitiram o que, no meu entender, não consistia em outra coisa senão uma concepção puramente pragmática e utilitarista do ser humano, subordinada a interesses estatais e até mesmo econômicos (vide meu comentário ao prólogo de Zaffaroni a esse e a outro livro de MEZGER/GRISPIGNI sobre o direito penal nacional-socialista, MUÑOZ CONDE. El penalismo olvidado, In *Revista penal*, n. 26, 2010).

<sup>33</sup> Vide a Exposição de Motivos de seu *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (1922) (publicado posteriormente com um prólogo de Thomas Dehler e uma introdução de Eberhard Schmidt, 1954), p. 57, e o art. 45 de referido Projeto.

<sup>34</sup> SCHMIDT, na introdução ao Projeto de Radbruch a.cit., p.XII.

das sanções econômicas impostas à Alemanha no Tratado de Versalles, com um desemprego de 7 milhões de pessoas e um aumento da criminalidade e da insegurança social até então desconhecido na Alemanha, era evidente que nessa situação o Ministro de Justiça ou se demitia, se quisesse ser coerente até as últimas consequências com suas ideias da pena como sanção proporcional à gravidade do delito e adequada à culpabilidade do autor, ou se mantinha em seu cargo, buscando um difícil equilíbrio entre seus princípios dogmáticos e uma política criminal contundente contra os delinquentes habituais e profissionais que naquele momento lhe exigia o governo ao qual pertencia.

Esse projeto de Radbruch, assim como outros que o sucederam na República de Weimar até 1933, não chegou a se converter em lei, porém pouco depois da chegada dos nacional-socialistas ao poder no início de 1933, rapidamente assumiu-se no respectivo programa político-criminal as propostas mais reacionárias anteriormente feitas por von Liszt e Radbruch sob postulados ideológicos distintos. E já desde o primeiro momento aprovou-se uma lei sobre a delinquência habitual, na qual pela primeira vez se convertia em Direito vigente à internação em custódia de segurança por tempo indeterminado dos delinquentes habituais, inclusive em delitos menos graves, abrindo-se paralelamente os campos de concentração, nos quais não apenas se internavam os dissidentes e opositores ao regime nacional-socialista, como também os delinquentes habituais, ou simplesmente marginalizados sociais, como prostitutas, mendigos, alcoólatras, tóxico-dependentes, etc., detidos durante as invasões policiais levadas a cabo nas grandes aglomerações urbanas já desde os primeiros momentos do regime nacional-socialista<sup>35</sup>. Ao mesmo tempo, criou-se uma lei para a prevenção de enfermidades hereditárias, que impunha a esterilização obrigatória aos seus portadores, e iniciaram-se as medidas de depuração racial, com objeto de eliminar da função pública os judeus, as quais culminaram nas Leis de Nuremberg, que, além da exclusão da cidadania e da privação de outros direitos aos alemães de origem judaica, criou o delito de “ultraje à raça” (*Rassenschande*) para castigar as relações sexuais entre judeus e pessoas de raça ariana<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Sobre a aplicação dessa Lei durante o regime nacional-socialista, informa HELLMER. *Das Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1933.1945*, Kiel, 1961.

<sup>36</sup> Acerca de tais Leis e programas de depuração higiênico-social e racial há abundante bibliografia daquela época, louvando-os e comentando-los positivamente. Posteriormente, após a queda do regime nacional-socialista, foram derogados e, em geral, objeto de rechaço pela maioria dos autores que se ocuparam do tema. Para uma exposição resumida do assunto, vide MUÑOZ CONDE. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, cit. p. 170 e ss., 272 e ss.

O ápice disso tudo consistiu, já quase no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Guerra Mundial, na elaboração de um projeto de lei para o tratamento dos “Estranhos à Comunidade” (*Entwurf eines Gesetzes für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde*), na qual intervieram de forma destacada o penalista Edmund Mezger e o criminólogo Franz Exner, ambos catedráticos na Universidade de Munique. Sob o conceito de “estranhos à comunidade”, incluíam-se pessoas tão diferentes como vagabundos, mendigos, delinquentes com inclinação a cometer delitos patrimoniais de escassa gravidade, sociais, sujeitos briguentos, delinquentes com tendência a cometer delitos graves, porém também delinquentes sexuais, incluindo-se entre eles os homossexuais. Para esses últimos propunha-se a castração; para os delinquentes por tendência a delitos graves, à pena de morte, “se assim requeresse a defesa da comunidade do povo ou a necessidade de uma expiação justa” e em geral, a reclusão por tempo indeterminado em campos de trabalho e a esterilização “quando se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo”<sup>37</sup>.

Tudo isso foi fundado em um dos informes feitos por Mezger para esse projeto, do seguinte modo:

No futuro haverá dois (ou mais) ‘Direitos Penais’:

- **Um** Direito Penal para a generalidade (no qual seguiriam vigentes, na essência, os princípios regentes até agora), e
- **Um** Direito Penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência. O decisivo é em qual grupo se deve incluir a pessoa em questão. Uma vez que se realize a inclusão, o ‘Direito especial’ (isto é, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicada sem limites. E desde esse momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas. Essa **separação** entre diversos grupos de pessoas me parece realmente nova (estar na nova Ordem, nisso funda-se um ‘novo começo’)<sup>38</sup>.

Conforme se pode ver no texto mencionado, a separação entre dois Direitos Penais, um no qual seguem vigentes, em essência, os princípios regentes até agora, e outro (completamente diferente) “para grupos especiais de determinadas pessoas”, não é nenhuma invenção de Jakobs, e sim algo que já tinha muito claro o professor Edmund

---

<sup>37</sup> Vide texto de referida lei em MUÑOZ CONDE. Edmund Mezger..., cit. p. 193 e ss..

<sup>38</sup> Vide texto desse Informe em MUÑOZ CONDE. Edmund Mezger..., cit., p. 236.

Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual a esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava “estranhos ou inimigos da comunidade”, simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização a castração ou diretamente a morte, entregando-os à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial.

#### 4 A TESE “AMIGO-INIMIGO” EM CARL SCHMITT

Uma especial consideração merece nesse sentido a proposta de Carl Schmitt, embora essa não esteja diretamente relacionada ao Direito Penal. Paralelamente à construção desse Direito Penal especial destinado à inocuidade (*Unschädlichmachung* na expressão de von Liszt), ou ao extermínio ou liquidação (*Ausmerzung* na expressão de Mezger) daqueles que por diversas razões eram considerados “inimigos da sociedade”, no âmbito da Filosofia do Direito e do Estado, o politólogo Carl Schmitt propunha já nos anos vinte do século passado uma distinção conforme a qual o Direito deveria diferenciar o “amigo” (*Freund*) e o “inimigo”, conferindo a cada qual um tratamento jurídico específico<sup>39</sup>.

O primeiro passo nessa construção dos diferentes direitos era a exclusão jurídica dos “inimigos”, isto é, dos que não pertenciam, segundo a terminologia empregada depois por Mezger, à “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*), incluindo-se também nesse grupo os indivíduos pertencentes aos grupos denominados pelos nacional-socialistas de “raças inferiores” ou “subumanos” (*Untermenschen*). Tal ideia foi levada a cabo por Schmitt, principalmente em relação aos judeus. Assim, por exemplo, já em plena época nazista referido autor organizou e dirigiu um congresso para eliminar a influência judaica do pensamento jurídico alemão, e em seu discurso de encerramento daquele evento, além de qualificar os juristas judeus como “parasitas culturais”, afirmando que haviam se introduzido na ciência jurídica alemã aproveitando-se de suas conquistas em seu próprio benefício, propôs, entre outras coisas, que fossem eles excluídos da comunidade acadêmica e que suas obras não fossem citadas na bibliografia. Porém, se houvesse que se fizesse eventualmente, que se pusesse após o nome do autor, entre parênteses, o “J” de judeu, para advertir de quem era a ideia ou citação que se fazia<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Confira-se, por exemplo, suas obras *Politische Theologie*, 1922, *Die Lehre der Verfassung*, 1927, etc. A bibliografia acerca do pensamento político e jurídico de Carl Schmitt é muito abundante. Para uma visão global de seu pensamento, remete-se a Francisco SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público II*, 2004, p.215 e ss.

<sup>40</sup> Vide o texto desse discurso, “A ciência do direito alemã em sua luta contra o pensamento judeu”, (artigo publicado na *Deutsche Juristen Zeitung*, 20, 1936, p. 1. 193 a 1. 199), Inn Yves-Charles ZARKA, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, 2007, p. 95 e ss.

Isso se afirmava em um momento no qual, por aplicação já da lei de depuração racial da função pública, desde 1933 muitos funcionários, empregados públicos e professores universitários haviam sido expulsos de seus postos, bem como se preparavam as tristemente famosas leis de Nuremberg de 1935, conforme as quais não apenas se excluía os judeus da cidadania alemã e dos direitos civis, como também se castigava como delito de “ultraje à raça” a relação sexual de um judeu com outra pessoa de raça ariana.

Isso não era, porém, suficiente. O passo seguinte na construção de um Direito especial contra os inimigos foi sua “eliminação física”, primeiro por meio da internação em campos de concentração, em regime de trabalhos forçados (“*Arbeit macht frei*”, era o cínico *slogan* que se colocava no frontispício destes), e posteriormente nos campos de extermínio como Auschwitz ou Birkenau, nos quais se procedia diretamente ao extermínio mediante envenenamento por gás, seguido de cremação dos cadáveres dos internos mais fracos, enfermos, crianças e idosos, não aptos para seu aproveitamento como força de trabalho<sup>41</sup>.

## 5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO MOMENTO PRESENTE

A partir desses antecedentes, e sobretudo em vista das trágicas consequências que tais concepções ideológicas e construções jurídicas tiveram no extermínio de milhões de seres humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial na Alemanha e nos países do leste da Europa dominados pelas tropas alemãs, não é estranho que qualquer concepção ou tese jurídica que, ainda que remotamente, recorde ou mesmo se pareça com aquelas, até no que tange ao nome, certamente gráfico, porém pouco feliz de “Direito Penal do inimigo”, produza entre os autores que logo se ocuparam do tema a reação de alarme e desgosto que produziu em Albin Eser durante o encerramento do congresso de Berlim de 1999, onde Jakobs apresentou pela primeira vez sua hoje já conhecida tese.

Desde logo, quaisquer que sejam as relações e as semelhanças mais ou menos estreitas que existam entre a tese de Jakobs e as construções teóricas que se assinalaram nas epígrafes anteriores, não cabe dúvida de que essas gravitem como uma pesada laje, sobretudo tendo-se em conta que o moderno Estado de Direito e as declarações internacionais em prol do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional

---

<sup>41</sup> Sobre a passagem da exclusão jurídica à eliminação física do inimigo e o campo de concentração como expressão do poder absoluto, vide Giorgio AGAMBEM. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Trad. e notas de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, 2003, p. 147 e ss.

surgem precisamente como reação frente aos atos de barbárie que, direta ou indiretamente legitimados por tais construções teóricas, foram cometidos sob o domínio dos Estados totalitários, e não somente na Alemanha durante o regime nazista, como também em outros muitos países da Europa e do mundo.

Certamente, Jakobs cita como antecedentes (filosóficos) de sua teoria opiniões, mais ou menos retiradas de seu contexto, de ilustres filósofos como Kant, Fichte e Hobbes<sup>42</sup>. Igualmente, ao longo da História da Filosofia poderiam ser encontradas muitas outras de outros autores não menos importantes que também se pronunciaram em favor da pena de morte, da guerra, da inferioridade da mulher frente ao homem, da escravidão, da consideração como animais dos índios ou dos negros, etc. Mais próxima da tese de Jakobs poder-se-ia considerar a ideia maquiavélica de que o fim (nesse caso, a segurança cognitiva) justifica os meios (nesse caso, o emprego do Direito Penal do inimigo). Referidas opiniões, por mais que seus autores possam ser considerados grandes pensadores e filósofos, não podem ser retiradas de um determinado contexto, e mesmo no contexto no qual se deram podem também ser discutíveis; em todo caso, porém, são opiniões anteriores à construção do Estado de Direito e ao reconhecimento universal dos direitos humanos e emitidas em contextos culturais, sociais e econômicos completamente diferentes dos atuais.

Trata-se, então, de saber se determinadas teorias emitidas na atualidade são ou não compatíveis com os princípios que informam o Direito Penal do Estado de Direito e com os direitos humanos reconhecidos nas convenções internacionais e nas Constituições dos Estados democráticos. Nesse caso, a primeira pergunta que vem à mente é se o Direito Penal do inimigo, tal como o descreve Jakobs, é compatível com esse modelo de organização da convivência humana.

Evidentemente, quando são as ditaduras de um ou outro signo ideológico que utilizam o Direito Penal para criminalizar a oposição, para abolir e restringir direitos fundamentais e para torturar e assassinar seus adversários políticos<sup>43</sup>, ninguém põe em dúvida que esse Direito Penal (“do inimigo”) seja ilegítimo sob o ponto de vista do Estado de Direito e dos direitos humanos.

---

<sup>42</sup> Cf., por exemplo, as referências que faz a esses autores em JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Direito penal do inimigo*. Madrid, 2003, p. 26 e ss.

<sup>43</sup> Sobre um Direito Penal desse tipo durante a ditadura do General Franco na Espanha, ocupei-me em meu artigo *Delito político y Derecho penal del enemigo*, reunido na segunda edição de minha monografia *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, a.cit, p. 109 e ss. (há uma versão em italiano publicada em *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. na nota 2, e outra em alemão publicada em *Kritik des Feindstrafrechts*, cit. na nota 3).

Então, porque se deveria valorar e julgar de outra maneira o emprego desse tipo de Direito Penal quando é utilizado por um Estado que, ao menos teoricamente, se configura como um Estado de Direito que coloca no frontispício de seus textos jurídicos fundamentais o respeito aos direitos humanos? Pode o Estado de Direito defender suas instituições fundamentais utilizando um Direito Penal que não respeita os princípios e bases do próprio Estado de Direito?

A grande novidade da concepção de Jakobs é que admite e inclusive legítima a necessidade de um Direito Penal do inimigo também nas sociedades democráticas configuradas conforme o modelo do Estado de Direito. Toda sociedade tem, segundo Jakobs, direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança que o autor chama “segurança cognitiva”, e, para isso, afirma, é inevitável que se utilize outra classe de Direito Penal, em casos de grave perigo para essa identidade e segurança proveniente de sujeitos que

em seu comportamento, em sua ocupação profissional ou principalmente por meio de uma organização [...]. De uma forma presumidamente duradoura abandonou-se o direito, não garantindo, portanto, o mínimo de segurança cognitiva por meio de seu comportamento<sup>44</sup>.

É indubitável que, com essa definição dos que Jakobs denomina inimigos, e com os delitos que menciona como comportamentos que expressam essa inimizade (delitos sexuais, delinquência organizada, terrorismo, narcotráfico, além da habitualidade e da reincidência), o autor refere-se a um amplo espectro de delitos e de delinquentes que praticamente abarca inumeráveis formas de criminalidade, e não sempre, necessariamente, as mais graves.

O perigo que implica a vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detêm o poder (cuja legitimidade, democrática ou não, certamente Jakobs nem sequer levanta), e que, definitivamente, quase todo o Direito Penal pode ser considerado como um Direito Penal do inimigo.

Porém, independentemente da indefinição do conceito, mais bélico do que jurídico, de “inimigo” empregado por Jakobs, passemos agora ao outro problema que implica sua tese e que não parece preocupá-lo: quais são os limites jurídicos do Direito Penal do inimigo e sob que base e quais parâmetros se deve determinar esses limites?

---

<sup>44</sup> JAKOBS, como na nota 1, p. 59.

Há, sem dúvida, muitas formas de reação à criminalidade mais grave que se situam ainda dentro dos limites do admissível em um Estado de Direito. Isso ocorre em legislações relacionadas à luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada e o narcotráfico. Nessa matéria, frequentemente os Tribunais de Justiça de mais alto nível nacional e internacional têm que enfrentar casos nos quais foram aplicados procedimentos e leis dificilmente compatíveis com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos, como, por exemplo, sentenças fundadas em leis que criminalizam a mera dissidência ou o exercício da liberdade de expressão, que admitem como provas dados obtidos por meio procedimentos ilegais, como escutas telefônicas sem os requisitos exigidos para o respeito à intimidade, por tortura e maus tratos, etc.<sup>45</sup>

A tarefa fundamental desses Tribunais (e naturalmente da doutrina que se ocupa de interpretar as leis) é comprovar se algumas disposições legais ou sentenças dos tribunais inferiores baseadas nas primeiras são ou não compatíveis com os princípios do Estado de Direito, ou se em sua aplicação foi infringido algum direito fundamental. E, afortunadamente, a jurisprudência criada pelos altos Tribunais de Justiça em muitos países configurados como Estados democráticos de Direito está repleta de decisões em que se determinou a anulação de leis, de atos da Administração ou de sentenças de tribunais inferiores que não respeitaram esses princípios ou direitos fundamentais. A casuística vai desde as hipóteses nas quais se anulam provas obtidas mediante tortura ou sem cumprir os requisitos estabelecidos legalmente, até a declaração de leis que limitam a liberdade de expressão ou o direito do preso ao *habeas corpus* à assistência de um advogado, a não fazer declaração contra si mesmo, a ser informado dos termos da acusação, ao juiz natural, etc.<sup>46</sup>

Sob esse ponto de vista, pode-se portanto dizer que no estado atual da jurisprudência dos mais altos Tribunais de Justiça dos países democráticos, a despeito de algumas decisões controvertidas, um Direito Penal que infrinja ou não respeite as bases do Estado de Direito, violando direitos fundamentais, é um Direito Penal ilegítimo que deve ser rechaçado expressamente e sem nenhum tipo de vacilação ou confusão. E, nesse caso, o labor do teórico ou do intérprete do Direito não pode se limitar simplesmente a sua constatação ou a uma mera descrição de sua existência, devendo, ao revés, comprometer-se em sua valoração, que não é simplesmente política, mas também e sobretudo jurídica. O jurista

---

<sup>45</sup> Em meu *De nuevo sobre el derecho penal de enemigo...*, cit., p. 51 e ss., cito alguns desses casos que motivaram decisões jurisprudenciais importantes na Espanha, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, especialmente esse país em relação à situação jurídica dos presos de Guantânamo. Vide também minha monografia *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires, 2008.

<sup>46</sup> Cf. as referências a algumas dessas decisões jurisprudenciais em MUÑOZ CONDE. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, cit. e *De la prohibiciones probatorias* cit. na nota anterior.

que, nessa hipótese, denuncia esse Direito Penal ilegítimo não é um mero *Rechtspolitiker* (“Político do Direito”), como me atribuía Jakobs em uma discussão que tive com ele em um evento público, e sim um *Rechtswissenschaftler* (“Cientista do Direito”), que era o papel que se atribuía o referido professor alemão nessa discussão. E tal papel de cientista do Direito é o que obriga o jurista, com toda legitimidade jurídica e intelectual, a denunciar a incompatibilidade do que Jakobs, deixando-se levar por um “realismo político” puramente pragmático, baseado em paradigmas de eficácia, chama de “Direito Penal do inimigo” com o Estado de Direito.

Assim, mesmo admitindo o caráter puramente bélico desse Direito Penal do inimigo, como uma espécie de Direito Penal da guerra ou em guerra, no qual vale tudo com o fim de ganhá-la, há que assinalar que também aqui vige (ou deveriam vigor) uma série de princípios que vão desde a exigência de que a guerra seja justa e não de agressão, até a necessidade de que se respeite a população civil e que os soldados prisioneiros do exército inimigo sejam tratados como pessoas, respeitando-se os direitos consagrados nos Convênios de Genebra de 1949, que constituem a essência do chamado Direito humanitário. Precisamente em razão de não respeitar esses direitos, a jurisprudência, inclusive a originária da Suprema Corte americana, considerou que o tratamento dispensado aos presos na Base norte-americana de Guantânamo em Cuba viola direitos fundamentais reconhecidos tanto na Constituição americana, como nos Tratados e Convênios Internacionais ratificados pelos Estados Unidos de América<sup>47</sup>.

Nessa matéria, existem sem dúvida limites tênues entre o Direito Penal ainda compatível com o Estado de Direito e o Direito que já não o é ou que pode deixar de sê-lo, e a delimitação entre um e outro é a tarefa que corresponde ao jurista teórico exercer em primeiro lugar em suas elucubrações, publicações e em sua participação em atos públicos como aulas universitárias, conferências, congressos, etc. De outro lado, essa tarefa também incumbe ao jurista prático, principalmente em sua atuação como juiz ou representante das partes em um Tribunal de Justiça, o que certamente pode ser difícil em muitos casos, diante da possibilidade de exposição a riscos não puramente intelectuais. Isso é, contudo, algo que cada um deve assumir de acordo com suas próprias convicções e circunstâncias. A “luta pelo Estado de Direito” e pelo reconhecimento dos direitos humanos não foi e nunca será uma tarefa cômoda, nem fácil em nenhum país do mundo ou momento histórico. Deve-se reconhecer, todavia, que há épocas e países nos quais essa luta é mais difícil e perigosa. E é evidente, desde logo, que nesses momentos e em

---

<sup>47</sup> Vide as referências a essa jurisprudência em MUÑOZ CONDE. De las prohibiciones probatorias..., u. cit., também MUÑOZ CONDE. La situación jurídica de los presos de Guantánamo, In: Teoría&Derecho, 2008.

muitos países, mesmo naqueles que mais orgulhosamente se atribuem às características do Estado de Direito, essa tarefa pode ser realmente difícil e ir contra a corrente ou contra o que os nazistas chamavam “o saudável sentimento do povo”, que não é mais do que uma forma de gerar um “populismo punitivo” absolutamente demagógico e próximo a um processo de fascismo social.

Porém, se algum mérito tem a concepção de Jakobs é o de nos fazer recordar que o Direito Penal do inimigo, tal como ele o descreve e assume, não é privativo de uma determinada ideologia ou sistema político, mas sim uma amarga realidade. Em minha opinião, essa tendência cada vez mais evidente voltada a um Direito Penal *sui generis*, fora dos parâmetros do Estado de Direito, é um perigo que brota de forma ameaçadora sobre todos os cidadãos em um mundo no qual os limites entre o Direito Penal do Estado de Direito e o Direito Penal do inimigo são cada vez mais difusos, e no qual a mais refinada dogmática jurídica pode caminhar paralela e inclusive servir de legitimação à barbárie revestida com a roupagem e o venerável nome do Direito.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer I: el poder soberano y la nuda vida**. Tradução e notas de Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pré-Textos, 1998.
- BINDING, Karl. **Grundriss des deutschen Strafrechts: allgemeine Teil**. Leipzig: W. Engelmann, 1907.
- \_\_\_\_\_. **Die Normen und ihre Übertretung**. 2.Aufl. Leipzig: Engelmann, 1914. v. 1, t. 2.
- \_\_\_\_\_; HOCHÉ, Alfred. **Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten ebens: Ihr Mass und Ihre Form**. Leipzig: F. Meiner, 1920.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Traducción de Bautista Serigós. Prologo de Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- ESER, A. Consideración final. Traducción: Carmen Gómez Rivero. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Coordinador da versão española: Francisco Muñoz Condé. Traducción de Manuel Cancio Melia... et al. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- ESER, A; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Coord.). **Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessinung und Ausblick**. München: Beck, 2000.
- GAMBERINI, .Alessandro; ORLANDI, Renzo. **Delitto politico e delitto penale del nemico**. Bologna: Monduzzi, 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Warum Strafe sein muss**. 2. Aufl. Berlin: Ullstein, 2009.
- HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. **Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessinung und Ausblick**. München: Beck, 2000.
- HELLMER. **Das Gewohnheitsverbrecher und die ichterungsverwahrung: 1933.1945**. Berlin, Duncker & Humblot [1961].
- JAKOBS, Günther. **Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht**. Disponível em: <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr21/jakobs.pdf>>. Acesso em 20 maio 2010.
- \_\_\_\_\_. La ciencia penal ante el nuevo milenio. Tradução: Teresa Manso. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio**. Coordinación de la version española: Francisco MUNÓZ CONDE. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- \_\_\_\_\_. Diritto penale del nemico? una analisi sulle condizioni della giuridicita. In: \_\_\_\_\_. **Delitto político**. Traduzioni: Luigi Cornacchia. Palermo: Priulla, 1962.
- \_\_\_\_\_. **Einführung in die juristische Zeitgeschichte**. Berlin, 2009.
- \_\_\_\_\_. Einführung in die juristische Zeitgeschichte: Resenha, **Revista Penal**, n. 24, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho penal**. Traducción al castellano y estudio preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez, González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: UAM, 1997.
- \_\_\_\_\_. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung. In: \_\_\_\_\_. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. n. 97, 1985.

- LISZT Franz von. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. In : \_\_\_\_\_. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**. Berlin: Gruyter, 1970. v. 2.
- \_\_\_\_\_. **La Idea de fin em el derecho penal**. Revisión técnica y prologo por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Traducción directa del alemán por Enrique Ajmone Gibson. Valparaiso: Edeval, 1984.
- \_\_\_\_\_. **La Idea de fin en el derecho penal**. Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar; traducción de Carlos Perez del Valle. Peligros (Granada): Comares, 1995.
- \_\_\_\_\_. Als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker. In: **FESTSCHRIFT 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin**. Berlin: Gruyter, 2010.
- \_\_\_\_\_. **La teoría dello scopo nel diritto penale**. Cura di Alessandro Alberto Calvi. Milano: Giuffrè, 1962.
- \_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ. Manual. **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- \_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manual. **Derecho penal del enemigo**. 1. ed. Madrid: Civitas, 2003.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **El derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- LISZT, Karl von. Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen: Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: **STRAFRECHTLICHE Aufsätze und Verträge**. Berlin, 1905. v. 2.
- \_\_\_\_\_. Der Zweckgedanke im Strafrecht. In: **ZEITSCHRIFT für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. Berlin: Walter de Gruyter, 1905. v. 3
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- \_\_\_\_\_. **De nuevo sobre el derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Edmund Mezger Beiträge zu einem Juristenleben**. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo**. Tradução: Paulo Busato. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- \_\_\_\_\_. Das Erbe Franz von Liszts., In: **FESTSCHRIFT für Winfried Hassemer**. Berlin, 2010.
- \_\_\_\_\_. Introducción. In: MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo**. Tradução de: Ana Elisa Liberatore S. Bechara. [São Paulo]: [s.n.], [20--]
- \_\_\_\_\_. El penalismo olvidado. **Revista Penal**, n. 26, 2010).
- \_\_\_\_\_. La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el estado de derecho. **Teoría & Derecho**, n. 2, p. 118-135, 2008.
- \_\_\_\_\_. Universalizing Criminal Law. **Tulsa Law Review**, Tulsa, Okla. 2007
- \_\_\_\_\_. **La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación al derecho penal chino**. Homenaje al Profesor Santiago Mir, 2010.

RADBRUCH, G. **Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922)**. Tübingen: Mohr, 1952.

SCHMITT, Karl. **Die Lehre der Verfassung**, Berlin, Leipzig: W. de Gruyter, 1927.

\_\_\_\_\_. **Politische Theologie**. München, Leipzig: Duncker und Humblot, 1922.

SOSA WAGNER, Francisco. **Maestros alemanes del derecho público**. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2

VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2009.

\_\_\_\_\_; ASHOLT, Martin. **Kritik des Feindstrafrechts**. Berlin: LIT, 2009.

ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007.

