Universidades Lusíada

Brito, José de Sousa e, 1939-

O inimigo no direito penal

http://hdl.handle.net/11067/1189
https://doi.org/10.34628/dm3v-4555

Metadados

Data de Publicação	2014-10-07
Palavras Chave	Terrorismo - Direito e legislação
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 04-5 (2007)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-12T02:24:09Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

O INIMIGO NO DIREITO PENAL

José de Sousa e Brito

O INIMIGO NO DIREITO PENAL

José de Sousa e Brito [1]

Escolhi este tema em homenagem a Winfried Hassemer, em primeiro lugar, porque aqui se revela a grande proximidade entre o direito penal, o direito constitucional e a filosofia do direito, três disciplinas que me unem ao homenageado e que em temas como este *têm* que ser tratadas conjuntamente. Em segundo lugar, porque o meu tratamento do tema se pode entender como uma glosa a um *Leitmotiv* que não é apenas um título de um aclamado artigo seu sobre "o que é indisponível no processo penal (*Unverfügbares im Strafprozess*)"[2], mas uma marca da sua personalidade científica. Hassemer é um jurista filósofo que nas grandes batalhas da política legislativa do seu tempo desce a terreiro na defesa de princípios. É precisamente o conjunto de princípios indisponíveis do processo penal, como a presunção de inocência ou a proibição da tortura, que formam a civilidade ou a cultura jurídica do processo penal. Não são um direito natural que tenha sido evidente em qualquer época, são princípios que se desenvolveram historicamente no direito positivo, mas são susceptíveis de justificação racional e, por isso, diria eu, integram o que Aristóteles chamava "direito natural", como aquela parte do direito positivo que corresponde à natureza racional do homem. Hassemer falava do que é indisponível no processo penal, mesmo quando se está numa situação de estado de necessidade da averiguação (*Ermittlungsnotstand*). Eu vou falar do que é indisponível em direito e processo penal numa situação de estado de necessidade da prevenção – que inclui, decerto, situações de estado de necessidade da averiguação –, que é a situação de guerra global do terrorismo e contra o terrorismo, depois do 11 de Setembro.

Tratarei de duas tentativas de responder ao terrorismo através da criação de um "direito penal do inimigo", com princípios diferentes dos do direito penal actual. A primeira é a proposta teórica que, sob aquele nome, vem sendo

---

[1] Ex-Conselheiro do Tribunal Constitucional. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

[2] Winfried Hassemer, *Festschrift für Maihofer*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1983, 183.

defendida por Jakobs desde 1985[3]. A outra é a legislação de Bush sobre o combatente inimigo depois do 11 de Setembro de 2001. Quando aqui falo de direito penal, emprego a palavra em sentido lato, que inclui o processo penal, salvo se o contrário resultar do contexto.

O "direito penal do inimigo" de Jakobs

No seu estudo de 1985 sobre "a incriminação no antecedente de uma violação do bem jurídico" Jakobs contrapõe à definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual é permitido combater os primeiros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso, a sua definição como cidadão. Segundo esta última, o autor é desde logo definido pelo seu direito a uma esfera livre de controlo[4]. O que com os seus efeitos ainda cabe dentro da esfera privada, em que o cidadão tem o direito de imunidade frente ao controlo do Estado, e que abrange desde a intimidade do seu corpo aos meros contactos sociais por mútuo acordo, não pode ser acto preparatório, nem tentativa, nem execução de um crime. Quando, por exemplo, se considera punível como tentativa de comparticipação criminosa uma conversa em privado entre amigos conspirativa para a prática de um crime, está se a tratar os intervenientes como inimigos, aos quais se não reconhece o estatuto de cidadão. Uma tal diminuição do sujeito pertence a um direito penal de carácter especial, que se distingue claramente do direito penal civil ou do cidadão: o direito penal do inimigo optimiza a protecção dos bens jurídicos, o direito penal civil optimiza a liberdade[5]. As constrições que deste último resultam para a eficácia do Estado são, porém, constitutivas do Estado liberal, quem as elimina abandona-o. Diz Jakob que "uma pessoa (*ein Mensch*) é, num ordenamento que existe em conformidade com a Lei Fundamental, um *cidadão*"[6]. No entanto, Jakobs admite que haja situações em que normas irrenunciáveis do Estado liberal perderão a força da sua validade se a repressão ficar à espera de que o autor saia da sua esfera privada. Mas, mesmo então, o direito penal do inimigo só é legitimável como um direito penal de necessidade excepcionalmente vigente. Por isso, há que separar rigorosamente os seus preceitos (aqui Jakobs dá como exemplo a

[3] Günther Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), 751 (cit.: Jakobs 1985); do mesmo, „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrhundertwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, Beck, 2000, 47 (cit.: Jakobs 2000); „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS, 2004, Heft 3, 88 (cit.: Jakobs 2004).

[4] Jakobs 1985, 753.

[5] Jakobs 1985, 756.

[6] Jakobs 1985, 755.

privação de contactos – *Kontaktsperre* –, então introduzida por lei extravagante) dos do direito penal civil, preferentemente colocando-os fora do Código[7].

No seu comentário sobre "a compreensão de si mesma da ciência do direito penal perante os desafios do presente", na reunião de balanço e prospectiva dos penalistas alemães em 1999, Jakobs volta ao tema e apresenta as seguintes características típicas do direito penal do inimigo: (1) larga antecipação da punibilidade e, portanto, mudança de vista do facto passado para um facto futuro, de que são exemplo os tipos da formação de associações criminosas ou terroristas ou da plantação colectiva de estupefacientes; (2) ausência de uma redução da pena proporcional à antecipação; (3) passagem da legislação penal para a legislação de combate, no âmbito da qual leis extravagantes alemãs têm sucessivamente vindo "a combater"(*zur Bekämpfung*) a criminalidade económica, o terrorismo, a criminalidade organizada, inclusivamente, com perda de contornos, os crimes sexuais e outros crimes perigosos e, acima de tudo, o crime; (4) diminuição de garantias processuais de que a privação de contactos dos detidos se tornou o clássico exemplo[8]. O inimigo é agora definido como um indivíduo que não apenas ocasionalmente, pela sua atitude (delitos sexuais; já também o velho delinquente habitual "perigoso" nos termos do §20 do Código Penal alemão até 1969) ou pelo seu modo de ganhar a vida (criminalidade económica, criminalidade organizada, especialmente criminalidade da droga) ou principalmente, pela sua integração numa organização (terrorismo, criminalidade organizada, de novo criminalidade da droga, já antigamente a conjuração para homicídio), de todo o modo, portanto, se presume que se desviou duradouramente do direito e "nessa medida não garante a segurança mínima de comportamento pessoal e demonstra esse défice pelo seu comportamento"[9]. O alcance desta última frase depreende-se do primeiro dos dois novos desenvolvimentos justificativos que Jakobs apresenta, um sobre o conceito de pessoa, outro sobre os fins da pena.

Sobre a pessoa diz agora Jakobs que quem quer ser tratado como pessoa tem por seu lado que dar uma certa garantia cognitiva de que se comportará como pessoa. Se falta esta garantia ou se ela é mesmo recusada explicitamente, transforma-se o direito penal, de uma reacção da sociedade ao facto de um dos seus membros, numa reacção contra um inimigo. Nem por isso passa a ser permitido tudo, até uma acção desmedida. Pelo contrário, "pode conceder-se ao inimigo uma personalidade *potencial*"[10]. "Os inimigos são actualmente não-pessoas. No rigor do conceito o direito penal do inimigo é, portanto, guerra, cuja contenção ou totalidade depende (também) de tudo o que se receia do

[7] Jakobs 1985, 784.
[8] Jakobs 2000, 51 s.
[9] Jakobs 2000, 52.
[10] Jakobs 2000, 51.

inimigo. Isto soa escandaloso e é-o, porque trata da impossibilidade de abrangência pelo direito e, portanto, contradiz a equivalência entre racionalidade e personalidade[11].

A pena entende-a Jakobs como "a marginalização do facto no seu significado como violação da norma e, assim, como a declaração de que o conjunto das normas da sociedade continua inalterado; a pena é confirmação da identidade da sociedade e, portanto, do conjunto das normas, e com a pena alcança-se sempre este fim da pena – por assim dizer"[12]. Ora este efeito confirmativo – correspondente a uma função expressiva -da pena deve ser separado dos efeitos preventivos – correspondentes a funções latentes - da mesma, porque a pena segundo a sua função dirige-se a destinatários diferentes. O efeito confirmativo dirige-se às pessoas, portanto, a participantes na comunicação, representados como orientados pelo direito. O que está em jogo é apenas a certificação do que é direito e do que é não-direito ou ilícito. Kant designaria o destinatário como *homo noumenon*. Passa-se coisa diferente com as funções latentes. Habituar-se à fidelidade ao direito ou ficar atemorizado não são reacções pessoais, as pessoas não precisam de habituação nem de temor, uma vez que são representadas como participantes na comunicação orientados pelo direito. Só tem que ser dirigido por meio de habituação e temor aquele que não é por si orientado pelo direito, o *homo phaenomenon* na linguagem de Kant, o indivíduo que faz a conta do prazer e da pena[13].

Como corolário, o direito dos tribunais penais internacionais é considerado direito penal do inimigo, por não ser verdadeiramente direito.

Por último, o tema foi retomado por Jakobs num ensaio de 2003 intitulado "Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo"[14]. Abstraindo de uma tentativa de demonstração de que a sua teoria do direito penal do inimigo entronca na tradição da teoria do contrato social e especialmente de Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte – matéria que me abstenho aqui de discutir, porque a sua discussão nos levaria longe – o novo ensaio afasta-se dos anteriores em dois pontos significativos. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo são agora considerados dois tipos ideais, que nunca porventura se encontram realizados na sua pureza. Mesmo no direito penal do cidadão de um Estado mundial haverá sempre alguma defesa de perigos futuros, e mesmo o terrorista mais afastado da cidadania é pelo menos formalmente tratado como pessoa, quando no processo penal lhe são reconhecidos os direitos de um cidadão inculpado. Não se trata, portanto, de contrapor duas esferas isoladas de direito

[11] Jakobs 200, 53.

[12] Jakobs 2000, 50.

[13] Jakobs 2000, 50.

[14] Jakobs 2004. Em 2003 o ensaio foi publicado em Taipé (*Gedächtnisschrift Prof. Fu-Tseng-Hung*, cit. por Jakobs 2004) e em tradução espanhola (Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas).

penal, mas de mostrar dois pólos de *um* mundo ou duas tendências de sentido contrário em *um* contexto do direito penal, em que estas tendências se podem completamente sobrepor, a saber, a que tende a tratar o autor como pessoa e a que tende a tratá-lo como fonte de perigo ou como meio de intimidar outros[15]. A segunda diferença significativa é que Jakobs passa a apresentar como exemplos de direito penal do inimigo, além dos anteriores, as sanções meramente preventivas do direito penal clássico, como são as medidas de segurança (Jakobs refere especialmente o internamento de segurança – haveria que referir entre nós, quer o internamento em estabelecimento de segurança, quer a pena indeterminada dos delinquentes por tendência –, mas haveria que acrescentar todas as outras medidas de segurança) e no processo penal a prisão preventiva, as medidas de coação, como as escutas e outras averiguações secretas, e a sujeição a exame, nomeadamente de sangue[16].

O 11 de Setembro é agora aduzido para afastar dúvidas, e a legislação penal americana produzida *ad hoc* é apresentada sem crítica como exemplo de direito penal do inimigo, fazendo-se notar sem crítica que o respectivo processo, que não separa a jurisdição do executivo, tem a forma de guerra e não de justiça. Verifica-se então que a integração do direito penal do inimigo como tipo, tendência ou pólo do direito penal não ajuda a determinar-lhe os princípios, mas a desistir de os procurar. Diz Jakobs que quem não quiser retirar ao direito penal as suas qualidades num Estado de direito – controlo dos afectos, reacção apenas a factos exteriorizados e não a simples tentativas, respeito pela personalidade do criminoso no processo penal, etc. – deverá "chamar, ao que se *tem* de fazer contra os terroristas, se não se quer sucumbir, outra coisa, justamente direito penal do inimigo, guerra controlada"[17]. Anteriormente era só guerra, eventualmente total, agora já é controlada (*gebändigt*). Pergunto eu: controlada como?

Passando à crítica, direi que a teoria do direito penal do inimigo deriva de falsa concepções de Estado de direito, de pessoa, dos fins das penas, de direito internacional público.

O Estado de direito, precisamente na tradição liberal de que se reclama Jakobs e que culminou em Kant, não fundamenta apenas um direito de cidadãos dirigido aos mesmos cidadãos, mas subordina o Estado e todos os sujeitos de direito não apenas ao direito democraticamente criado e aceite, mas ao direito democraticamente criado, mesmo quando não é aceite pela minoria, e ainda a um certo conteúdo de direito, baseado na dignidade da pessoa humana e expresso nos direitos do homem, que se desenvolvem, é certo, no horizonte histórico e hermenêutico das declarações de direito democraticamente deliberadas e dos seus passados desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais,

[15] Jakobs 2004, 88.
[16] Jakobs 2004, 89, 93.
[17] Jakobs 2004, 92.

mas também numa permanente crítica e reconstrução racional. O Estado é formal e materialmente de direito. Ora as normas sobre direitos do homem aplicam-se a todos os homens, inclusivamente terroristas e inimputáveis.

As normas do Estado de direito e nomeadamente as do direito penal não distinguem entre os seus destinatários entre os que se orientam e os que, provisória ou duradouramente, não se orientam por elas, entre pessoas e pessoas potenciais, ou não-pessoas ou indivíduos.

Passando aos fins das penas, a função reparadora ou reintegradora da pena não se limita à reafirmação da norma violada, que é sempre feita independentemente do conteúdo da pena, como reconhece Jakobs. Estende-se à reparação do dano social indirecto que é a perda de eficácia da norma pelo aumento da tendência para a criminalidade como consequência do crime. Especificamente a pena repara a culpa como desvalorização do criminoso, não apenas no sentido formal de este paga através dela a sua dívida à sociedade, mas no sentido material de que visa reintegrá-lo como membro valioso da sociedade através da prevenção especial possível dentro dos limites dos outros fins das penas. Quer na prevenção geral, quer na especial, o criminoso não é tratado como um *homo phaenomenon* do mundo natural que se motiva pelo cálculo do prazer e da dor, mas como uma pessoa com a dignidade que lhe é própria, que se auto determina pela escolha livre das máximas do seu agir, e que a pena como tal interpela com os seus fins de prevenção positiva tanto geral como especial. Acresce que o princípio constitucional da necessidade da pena não deriva da exigência de racionalidade implícita na prevenção geral, deriva principalmente do princípio constitucional da máxima restrição das restrições dos direitos fundamentais, baseado, tal como o princípio da culpa (também a pena do terrorista está limitada pela culpa), na dignidade da pessoa humana.

Finalmente o direito internacional penal como parte do direito internacional público, no entendimento que este tem de si próprio e que a constituição dele tem, é verdadeiro direito, mesmo quando tem algum *deficit* de eficácia.

O direito penal do combatente inimigo de George W. Bush

A mais importante tentativa de criação de um direito penal do inimigo diferente do direito penal comum, como o pretendia em teoria Jakobs, é o direito penal criado por Bush depois do 11 de Setembro, primeiro através do *USA Patriotic Act* de 24 de Outubro de 2001 e depois através da *Military Order N.º 1* de 13 de Novembro de 2001 sobre "detenção, tratamento e julgamento de certos não cidadãos na guerra contra o terrorismo". O *USA Patriotic Act* alargou o tipo do crime de terrorismo, estendeu os poderes da administração de proceder a buscas secretas domiciliárias, permitiu ao *attorney general* prender

estrangeiros como ameaças à segurança sempre que entender, deu à administração poderes de requisitar os registos de compras de livros em livrarias e de empréstimos de livros em bibliotecas, etc.. A *Military Order* de 13 de Novembro, depois de declara que "não é praticável aplicar em comissões militares nos termos desta ordem os princípios de direitos e as regras de prova geralmente reconhecidos no julgamento de casos criminais nos tribunais distritais dos Estados Unidos", cria tribunais militares que são nomeados pelo Departamento da Defesa, que têm o poder de condenar em penas, incluindo a pena de morte, sem as garantias de prova do processo penal comum – por exemplo, é admitida a prova por depoimento indirecto (ou de ouvir dizer), ou por confissão involuntária "desde que tenham valor probatório para uma pessoa razoável". Não há recurso excepto para o Secretário da Defesa e para o Presidente. Os arguidos têm defensores oficiosos militares, podendo contratar advogados de defesa civis, que estão contudo sujeitos a exames de segurança e não podem participar em sessões que o presidente do tribunal declarar fechadas[18].

Em consequência desta legislação, e da *Authorisation for Use of Military Force Joint Resolution*, aprovada na semana seguinte ao 11 de Setembro, a administração americana no rescaldo da guerra do Afeganistão, manteve detidos durante mais de dois anos numa base americana em Cuba, que considerava subtraída ao poder dos tribunais americanos, 650 prisioneiros declarados combatentes inimigos, sem contacto com advogado ou qualquer pessoa exterior.

A *Supreme Court*, porém, em recursos interpostos pelos familiares e amigos dos detidos[19], não só declarou a sua competência para julgar actos praticados pelos órgãos ou agentes do Estado em território estrangeiro, como concluiu que, embora o Congresso tenha autorizado a detenção de combatentes nas restritas circunstâncias do caso, a cláusula constitucional do *"due process"* exige que a um cidadão detido nos Estados Unidos como combatente inimigo seja dada uma oportunidade significativa de contestar a base factual da sua detenção perante uma entidade decisória independente.

Não posso discutir no pormenor esta histórica decisão[20], mas penso que ela tomou o bom caminho de ponderar em que medida a legislação especial sobre o inimigo é *compatível com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais* envolvidos. A questão do direito penal do inimigo não se resolve com nomes, mas com respostas baseadas nos princípios constitucionais.

---

[18] Esta legilação foi analisada e discutida criticamente por Ronald Dworkin, "Terror and the Attack on Civil Liberties", *The New York Review of Books*, 6. 11. 2003, 37.

[19] *Hamdi e tal. V. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, Nº 03- 6696, 542 U. S. _ (2004); *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, Nº 1027, 542 U.S. - _ (2004); *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, Nºs 03-334, 03-343; decididos em 28.6.2004; ver *slip opinions.*

[20] Veja-se para tal Ronald Dworkin, "What the Court Really Said", *The New York Review of Books*, 12.8.2004 e http://www.nybooks.com/articles/17293.