

DIREITO PENAL DO INIMIGO (OU INIMIGOS DO DIREITO PENAL)

LUIZ FLÁVIO GOMES*

1. JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais). No seu mais recente livro (*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003), abandonou claramente sua postura *descriptiva* do denominado Direito Penal do inimigo (postura essa divulgada primeiramente em 1985, na Revista de Ciência Penal - ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss.), passando a empunhar (desde 1999, mas inequivocamente a partir de 2003) a tese afirmativa, legitimadora e justificadora (p. 47) dessa linha de pensamento.

Resumidamente, dos seus escritos podemos extrair o seguinte:

Quem são os inimigos?: criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.

Como devem ser tratados os inimigos?: o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um *sujeito processual*, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente ordenado – p. 45” (*sic*). Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).

Fundamentos (filosóficos) do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como

* Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista.

inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

Características do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Dois Direitos Penais: de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

A pena de prisão tem duplo significado: um simbólico e outro físico: (a) o fato (criminoso) de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência; a pena, por seu turno, simbolicamente, diz que é irrelevante ter praticado essa conduta (para o efeito de se destruir o ordenamento jurídico); a norma segue vigente e válida para a configuração da sociedade, mesmo depois de violada; (b) a pena não se dirige ao criminoso, sim, ao cidadão que atua com fidelidade ao Direito; tem função preventiva integradora ou reafirmadora da norma; (c) A função da pena no Direito Penal do cidadão é contrafática (contrariedade à sua violação, leia-se, a pena reafirma contrafaticamente a norma); (d) no Direito Penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo, que deve ser eliminado pelo maior tempo possível; (e) quanto ao significado físico, a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio).

Bandeiras do Direito Penal de inimigo: o Direito Penal do inimigo, como se vê, (a) necessita da eleição de um inimigo e (b) caracteriza-se ademais pela oposição que faz ao Direito Penal do cidadão (onde vigoram todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal).

Suas principais bandeiras são: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medi-

das penas dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

2. CRÍTICAS À TESE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE JAKOBS

- a. O que Jakobs denomina de Direito Penal do inimigo, como bem sublinhou Cancio Meliá (ob cit., p. 59 e ss.), é nada mais que um exemplo de *Direito Penal de autor*, que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao *Direito Penal do fato*, que pune o agente pelo que ele “fez”. A máxima expressão do Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinqüentes;
- b. se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que “Direito Penal do cidadão é um pleonismo, enquanto Direito Penal do inimigo é uma contradição”. O Direito penal do inimigo é um “não Direito”, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;
- c. não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);
- d. é um Direito Penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança);
- e. o Direito Penal do inimigo não repele a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);
- f. não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica “de guerra” (de intolerância, de “vale tudo” contra o inimigo) não se coaduna com o estado de direito;
- g. perdem lugar as garantias penais e processuais;
- h. o Direito Penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;
- i. é fruto, ademais, do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista (Cancio Meliá). A expansão do Direito Penal (Silva Sanchez, *A expansão do Direito Penal*, trad. de Luiz Otávio Rocha, São Paulo, RT, 2002) é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito Penal “do legislador” é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como “produto” o tal de Direito Penal do inimigo;
- j. as manifestações do Direito Penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito Penal do inimigo);
- k. mas esse Direito Penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio);

- l. a criminalidade etiquetada como *inimiga* não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);
- m. logo, contra ela só se justifica o Direito Penal da normalidade (leia-se: do estado de direito);
- n. tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo de que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

3. REAÇÃO DE ZAFFARONI AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O debate sobre o denominado Direito Penal do inimigo só está começando. Frente a ele já reagiu o mestre Zaffaroni (em conferência pronunciada na sede do IELF em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004) sublinhando o que segue: (a) para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em estado de polícia (que se opõe, claro, ao estado de direito); (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (f) em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos; (g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo Satã; (i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (j) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (l) durante a Revolução Industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que onviver necessariamente; (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do estado de polícia) desde essa época é o marginalizado; (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos EUA, sobretudo a partir da Queda do Muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (s) até 1980 os EUA contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (t) com Reagan começa a indústria da prisão; (u) hoje os EUA contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os EUA podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a “máquina de rodar dólares”; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os EUA: não possuem a máquina de fazer dólares; (v) o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito Penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito Penal como o primeiro

remédio para isso; (dd) o Direito Penal tornou-se um produto de mercado; (ee) o Direito Penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; (ff) os juízes estão apavorados; juiz garantista tem de enfrentar a mídia.

De tudo quando foi resenhado em relação ao pensamento de Zaffaroni, pode-se concluir: desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios. Quem constrói ou administra presídios precisa de presos (para assegurar remuneração aos investimentos feitos). Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados.

Os velhos inimigos do sistema penal e do estado de polícia (os pobres, marginalizados etc.) constituem sempre um “exército de reserva”: são eles os encarcerados. Nunca haviam cumprido nenhuma função econômica (não são consumidores, não são empregadores, não são geradores de impostos). Mas isso tudo agora está ganhando nova dimensão. A presença massiva de pobres e marginalizados nas cadeias gera a construção de mais presídios privados, mais renda para seus exploradores, movimentam a economia, dá empregos, estabiliza o índice de desempregado etc. Os pobres e marginalizados finalmente passaram a cumprir uma função econômica: a presença deles na cadeia gera dinheiro, gera emprego etc.

Como o sistema penal funciona seletivamente (teoria do *labelling approach*), consegue-se facilmente alimentar os cárceres com esse “exército” de excluídos. Em lugar de ficarem jogados pelas calçadas e ruas, economicamente, tornou-se útil o encarceramento deles. Com isso também se alcança o efeito colateral de se suavizar a feiúra das cidades latino-americanas, cujo ambiente arquitetônico-urbanístico está repleto de esfarrapados e maltrapilhos. Atenua-se o mal-estar que eles “causam” e transmite-se a sensação de “limpeza” e de “segurança”. O movimento “tolerância zero” (que significa tolerância zero contra os marginalizados, pobres etc.) é manifestação fidedigna desse sistema penal seletivo. Optou claramente pelos pobres, eliminando-lhes a liberdade de locomoção. Quem antes não tinha (mesmo) lugar para ir, agora já sabe o seu destino: o cárcere. Pelo menos agora os pobres cumprem uma função socioeconômica! Finalmente (a elite político-econômica) descobriu uma função para eles.