

AS REFORMAS DA PARTE ESPECIAL DO DIREITO PENAL ESPANHOL EM 2003: DA “TOLERANCIA ZERO” AO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”.

Francisco Muñoz Conde.

Catedrático de Direito penal.

Universidade Pablo de Olavide de Sevilha- Espanha.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Reformas Penais na Espanha – 3. Características mais importantes destas reformas – 4. A idéia de “tolerância zero” e sua influencia nas reformas penais – 5. - O “direito penal do inimigo” e sua influência nas reformas penais – 6. Conclusão.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo - Direitos fundamentais – Tolerância zero – Estado Democrático de Direito.

1. Introdução.

Se alguma definição ou frase se enquadra bem com a Parte Especial do Direito penal, é a do penalista alemão Karl Binding, quando dizia que “o Direito penal tem um caráter fragmentário”¹. Desde logo, a Parte Especial o tem; cada vez se parece mais, a um mosaico multicolor, composto de inumeráveis peças de diversas procedências e dificilmente reduzível a um denominador comum.

E, se isto era já assim na época de Binding, a princípios do século XX, muito mais o é, um século mais tarde, sobretudo em uma matéria como esta, na qual se tem incorporado, na sua vertente repressiva penal, as mudanças políticas, sociais, econômicas, científicas e tecnológicas que foram sendo produzidas durante todo o

* Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. Promotora de Justiça. Doutoranda em “Problemas Atuais do Direito penal e da Criminologia” pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha - Espanha.

¹ Cfr. BINDING, Lehrbuch des Strafrechts, Besonderer Teil, tomo I, 1902, p.20.

século XX até este enlouquecido século XXI que acabamos de começar. Junto aos clássicos delitos contra a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a liberdade sexual, a propriedade, para citar só aqueles que se referem aos bens jurídicos individuais, foram sendo incorporados os de manipulação genética, os relativos à intimidade, cometidos por meios audiovisuais ou informáticos, os econômicos, os societários, a lavagem de dinheiro, a informação privilegiada no mercado de capitais. E, se destes delitos passamos aos que diretamente estão relacionados com bens jurídicos de caráter coletivo como os relativos à ordenação territorial e ao meio ambiente, ao uso indevido de energia nuclear, a manipulação de produtos de consumo, as drogas, ao terrorismo, a fraude fiscal e a corrupção em suas diversas formas, o mapa da Parte Especial do Direito penal, bem seja o acolhido diretamente no Código penal ou na Legislação penal especial², se amplia em uma extensão dificilmente imaginável faz pouco mais de vinte anos.

Por isso, não tem nada de estranho que o Código penal espanhol de 1995, o chamado “Código penal da democracia”, tenha incluído em seu Livro II o maior catálogo de tipos delitivos que jamais existiu na história da Codificação penal espanhola e, provavelmente, em Direito comparado. Mas isso se fez também à custa, e isso tem que reconhecer e detectar desde o primeiro momento, da quebra de alguns princípios básicos e de produção de uma “inflação penal” que podemos observar em qualquer exposição, Manual, Tratado ou Comentário feito até a data desta matéria em bibliografia espanhola, já que nenhum tem menos de 1000 páginas e alguns as superam.

² Uma das características principais do Código penal de 1995 é que, salvo na matéria regulada pelo Código penal militar, praticamente derogou a Legislação penal especial que se encontrava extramuros do anterior Código penal, incluindo-a no novo. Isto que evidentemente provocou uma extensão desmesurada no novo Código, também teve o efeito benéfico de reconduzir a maioria dos preceitos dispersos na anterior Legislação penal especial a um denominador comum, organizando-a sistematicamente. Em todo caso, o art.9 do Código penal de 1995 prevê que as disposições do Título Preliminar (“Das garantias penais e da aplicação da lei penal”) se aplicarão aos delitos e faltas que se estejam penalizados por leis especiais. As restantes disposições deste Código se aplicarão como acessórias nos casos previstos expressamente por aquelas” (cfr. MUÑOZ CONDE, Luci e ombre del modello spagnolo, en Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare, tai del Convengo, Modena 14-15 dicembre 2001, Milano 2003, p.101 ss.; cfr. também os trabalhos de FOFFANI/PIFARRÉ e TERRADILLOS BASOCO, no mesmo volume). Sobre o estado deste problema na Itália, ler DONINI, Alla ricerca di un disegno, scritti sulle riforme penali in Italia, Milano 2003.

Este Código penal é, portanto, o protótipo do que Hassemer qualifica e critica como “moderno Direito penal”³. Um Direito penal que se caracteriza porque nele abundam os delitos de perigo, sobretudo em sua modalidade de perigo abstrato, referencias continuas a normas de caráter extra-penal em muitas tipicidades configuradas como “normas penais em branco”, e uma ampla proteção de bens jurídicos coletivos, difusos, às vezes puras funções de subsistemas sociais como o mercado ou ordenação territorial.

A agressão que isso representa para os princípios jurídico-penais básicos, como o de legalidade, lesividade, intervenção mínima e, inclusive, culpabilidade, é evidente e foi denunciada desde o primeiro momento por muitos de seus primeiros comentaristas⁴.

Não obstante os anos transcorridos desde sua entrada em vigor em 24 de maio de 1996 serviram para que a doutrina e jurisprudência fossem interpretando e elaborando critérios que permitiram reduzir alguns destes defeitos, convertendo paulatinamente o Código de 1995 em um instrumento útil de regulação da convivência nesta matéria sempre conflitiva e politicamente sensível como é o Direito penal.

Também desde o primeiro momento, foi objeto de críticas cruéis e inclusive brutais, embora muitas delas tenham sido dirigidas mais a aspectos pontuais da Parte Geral antes que a Parte Especial que é onde realmente este Código é muito mais criticável. Mas, também, temos que dizer que muitas destas críticas foram movidas, sob a aparência de críticas técnicas, por adversidade política ao Governo (socialista), em cujo mandato se aprovou o Código. Não se esqueça que pouco depois de sua aprovação (novembro/1995) e antes de sua entrada em Vigor (maio/1996), as Eleições Gerais foram vencidas em março de 1996 pelo Partido Popular, um partido político de signo contrário ao que apoiava ao Governo anterior (PSOE). E este Partido e o Governo surgido dele, não viam com muita simpatia o novo Código, em cuja votação parlamentar se abstiveram.

³ HASSEMER, em HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en el moderno Derecho penal, Valencia 1995.

⁴ Ver MUÑOZ CONDE, em Lei de 24 de maio de 1996, monográfico dedicado ao novo Código penal, com a contribuição de outros autores.

Apesar disto, e quiçás porque o resto dos partidos lhe deu sua aprovação, o primeiro período político com o novo Governo, não teve grandes repercussões no novo Código penal. Até o ano de 2003 só se produziram algumas reformas pontuais que afetaram, sobretudo, à Parte Especial, como foram em 1998 a supressão do delito de insubmissão ao serviço militar e ao respectivo serviço civil substitutivo, uma vez convertido o Exército em exército profissional⁵; em 1999 a reforma dos delitos sexuais introduzindo a corrupção de menores⁶, e a de maus tratos no âmbito familiar⁷; e algumas mais pontuais ainda, em matéria de proibição de armas químicas, corrupção nas transações internacionais e subtração de menores entre seus progenitores, nos anos 2000 e 2002⁸.

2. Reformas Penais na Espanha

No entanto, logo a princípios de 2003, o Governo presidido desde 1996 pelo Sr. Aznar já com uma maioria absoluta no parlamento, após as eleições de 2000 apresentou um pacote de reformas do Código penal de 1995 que afetavam tanto à Parte Geral, como a Especial. Estas reformas foram sendo aprovadas ao longo de todo o ano de 2003. Algumas delas, a de 30 de junho⁹ e a de 29 de setembro¹⁰ entraram em vigor no dia seguinte ao de sua publicação no Boletim Oficial do Estado; e a última e mais importante, a de 25 de novembro de 2003¹¹ em vigor desde 1º de outubro de 2004, em seguida a um *vacatio legis* de mais de um ano. Se bem, que depois do novo rumo político originado pelas eleições de 14 de março de 2004, vencidas pelo Partido Socialista, parecia que seriam modificados alguns destes textos ou, inclusive derogados, de momento não parece, que a curto prazo, esteja prevista alguma reforma pontual que possa ser feita¹² que vá, em verdade, ser assim. De modo que terá que ir

⁵ Lei Orgânica 7/1998, de 5 de outubro; e Lei Orgânica 3/2002, de 22 maio.

⁶ Lei Orgânica 11/1999, de 30 de abril.

⁷ Lei Orgânica 14/1999, de 9 de junho.

⁸ Lei Orgânica 2./2000, de 7 de janeiro; Lei Orgânica 3/2000, de 11 de janeiro; Lei Orgânica 9/2002, de 10 de dezembro.

⁹ Lei Orgânica 7/2003, 30 de junho.

¹⁰ Lei Orgânica 1/2003, de 29 de setembro.

¹¹ Lei Orgânica 15/2003, de 25 de novembro.

¹² Cfr. por exemplo, Projeto de Lei Orgânica de medidas de proteção integral contra a violência de gênero, em iminente perigo de aprovação unânime no Congresso dos

assumindo, tentando interpretar e sistematizar o conjunto de reformas dispersas que foram produzidas em 2003, que afetam fundamentalmente a Parte Especial e que tornaram ainda mais complexa a interpretação do já difícil e intrincado conjunto de normas contidas no Código penal de 1995.

3. Características mais importantes destas reformas

Mas, quais são as características mais importantes destas reformas?

O primeiro a ser dito é que muitas destas reformas foram, inclusive, mais à frente do que originariamente se divulgava, como uma profunda alteração na concepção e conteúdo do Código penal de 1995 (o chamado com mais ou menos acerto “Código penal da democracia”), convertendo-o no que o próprio Governo, patrocinador das mesmas, chamou de o “Código penal da segurança”. Desde logo, quando se emprega a expressão “segurança” para denominar um texto legal de caráter penal, já sabemos por experiência por onde vão os tiros. As políticas de “segurança nacional”, “segurança cidadã”, etc, foram sempre utilizadas e com este nome por Estados autoritários (ou em períodos autoritários de alguns Estados de Direito) como pretexto para restringir direitos fundamentais e liberdades pessoais em prol de uma maior eficácia frente à “desordem” e a “insegurança”, o “caos” e a “libertinagem”, que segundo os inspiradores destas políticas ameaçam a paz da convivência social em um momento determinado. Que esta situação de “caos” ou “libertinagem” exista nestes momentos na Espanha é mais que duvidoso. O que em verdade existem são determinados problemas políticos, econômicos ou sociais que têm diversas causas e manifestações, que só em parte tem algo haver ou podem solucionar-se com o Direito penal. Una vez mais o recurso ao Direito penal, demonstra até que ponto muitos políticos estão mais decididos a utilizar a via repressiva punitiva, como única forma de lutar contra estes problemas, antes que adotar medidas sociais ou econômicas para preveni-los, e se não eliminá-los por completo, reduzi-los. Seguidamente veremos alguns exemplos¹³ destas tendências, que

Deputados em dezembro de 2004, com previsível entrada em vigor em 1 de janeiro de 2005; veja-se infra.

¹³ Uma exposição global destas reformas de 2003 e dos delitos a que afeta, pode ser vista em MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 15ª ed., Valencia: 2004, nos lugares, páginas e capítulos afetados pelas mesmas.

se enquadram entre a chamada “tolerância zero” e o chamado “Direito penal do inimigo”¹⁴.

4. A idéia de “tolerância zero” e sua influencia nas reformas penais.

Tomemos como exemplo um dos problemas que motivou a uma destas reformas: a segurança pública. Na reforma de 30 de setembro de 2003, o critério de “habitualidade” foi utilizado como elemento justificador de um enorme incremento da repressão punitiva dos delinquentes mais desfavorecidos econômica e socialmente. Sem chegar à famosa fórmula californiana de “three strikes and you are out”, que permite aplicar penas de prisão de longa duração à terceira infração contra a propriedade, o legislador espanhol de 2003, com uma fórmula de difícil aplicação prática, converte em delito e castiga com pena de prisão, a realização no prazo de um ano de quatro faltas contra a propriedade, constitutivas de furto simples, sempre que o montante acumulado das infrações seja superior ao mínimo da referida figura do delito (400 euros). Segundo a Exposição de Motivos desta reforma, as quatro subtrações realizadas no prazo de um ano se consideram como sintoma de uma “delinqüência profissionalizada” que faz deste tipo de feitos seu meio de vida. Não se trata sequer de um suposto de “delito continuado”, não só porque não ocorreram os pressupostos que exige esta figura no art. 74 do vigente Código penal, mas porque podem ser infrações isoladas sem nenhum tipo de relação pessoal, temporal ou espacial entre si. Também podem dar-se de forma ocasional, dependendo da conjuntura ou do estado de necessidade em que se encontre momentaneamente o sujeito que as realiza. O fato de que cada uma de estas quatro infrações isoladamente consideradas não supere a quantia mínima que separa o delito da falta, demonstra também a escassa relevância ou gravidade das condutas. Não obstante, a aplicação de uma pena de prisão, que em caso de estrangeiros não residentes legalmente na Espanha, não pode ser suspensa condicionalmente, nem substituída por outra, e pode determinar automaticamente sua expulsão do território nacional (cfr. art.

¹⁴ Sobre a correlação e paralelismo entre ambas, veja-se MUÑOZ CONDE, El nuevo derecho penal autoritario, in LOSANO/MUÑOZ CONDE, El derecho ante la globalización y el terrorismo, “cedant arma togae”, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo 2003, p.170 ss (publicado também em Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Valencia 2004, p. 803; e como monografía independente com o título de “El Derecho penal del enemigo”, in Instituto de Ciencias Penales, México 2003).

89, 1), constitui uma reação punitiva desproporcionada e uma forma de “criminalização da pobreza” que raia nos limites do que foi a Lei de periculosidade social franquista, que foi justamente derogada pelo Código penal de 1995, por sua incompatibilidade com o Estado de Direito. Agora em lugar de uma periculosidade sem delito como pressuposto de aplicação de uma medida, se converte a periculosidade derivada da realização por quatro vezes de furtos de escassa gravidade no prazo de um ano, em hipótese de aplicação de uma pena de prisão de 6 a 18 meses, em caso de furto simples, sempre que o montante acumulado das infrações seja superior ao mínimo da referida figura do delito, é dizer, a 400 euros (art.234, 2). Um critério similar se segue para converter em delito de roubo e uso de veículos de motor, a subtração temporal dos mesmos quando a ação se realize quatro vezes no ano e sempre que o montante acumulado de infrações seja superior ao mínimo da referida figura de delito (art.244, 1). Por outra parte, a prova da realização das quatro faltas de furto, pode dificultar-se quando tenham ocorrido em lugares distintos, inclusive mui distanciados, ou os prejudicados nem sequer os tenham denunciado ou não o tendo feito, não se apresentem no dia do julgamento como testemunhas (quem vai viajar para testemunhar de Barcelona a Sevilha em um juízo em que alguém é acusado de ter subtraído uma bolsa de moedas com cinquenta euros?), e sua aplicação prática pode simplesmente ser impossível porque pelo transcurso de seis meses, desde que uma das faltas que tenha sido cometida, já esteja prescrita no momento do juízo, ou por infringir o principio *ne bis in idem* se, no entanto, o autor tenha sido já julgado e condenado por uma dessas faltas. Igualmente, acontecerão conflitos de competência com o Juízo que esteja processado uma destas faltas, que imediatamente terá que se abster a favor do Julgado que esteja julgando a última delas¹⁵.

A habitualidade, em forma de reincidência constatada por condenações anteriores, se transforma ademais, de um modo geral, no fundamento de uma super agravação da pena, ao prever agora o art. 66,5ª em sua reforma de 2003, que “quando concorra a circunstância agravante de reincidência com a qualificadora de que o autor

¹⁵ Todos estes defeitos foram advertidos já pelos comentaristas que se ocuparam desta reforma, ver MUÑOZ CONDE, Parte Especial, cit., p.382 s.; GONZÁLEZ RUS, in VARIOS, Derecho Penal español, Parte Especial, Madrid 2004, p.441; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, in Varios, Derecho penal, Parte especial, Valencia 2004, p.417.

ao delinquir tenha sido condenado em definitivo, ao menos, por três delitos compreendidos no mesmo título deste Código, sempre que sejam da mesma natureza, *poderá aplicar a pena superior em grau à prevista na lei para o delito de que se trate*". Volta-se assim a normas da ditadura franquista que foram derogadas já no início da transição democrática, que permitiam (e agora voltam a permitir) que fosse imposta uma pena superior em graus àquela correspondente ao delito, sem outra razão que a de uma suposta maior periculosidade subjetiva do que já anteriormente tenha sido condenado por haver cometido o mesmo delito. Este critério, justamente criticado pela maioria da doutrina que, inclusive, tem questionado a sua constitucionalidade e respectiva compatibilidade com o princípio de culpabilidade pelo fato delituoso, foi utilizado sempre pelos Estados autoritários para incrementar a repressão punitiva dos marginalizados sociais que cometem delitos de escassa gravidade, e tem suas origens na figura do "delinqüente por tendência" do Código penal fascista italiano e na do "Gewohnheitsverbrecher" da Lei sobre o delinqüente habitual que foi uma das primeiras medidas que adotou o regime nacionalsocialista alemão em 1933, para impor o "internamento em custódia de segurança", e dizer, em "lager" ou campos de concentração, por tempo indefinido, aos habituais inclusive em delitos de escassa gravidade como furtos. Idéia que esteve a ponto de levar à esterilização dos associados, "para prevenir uma herança indesejável", como propôs entre outros Edmund Mezger em trabalhos a respeito e em seu até pouco desconhecido Projeto, realizado para o regime nazi em 1943, em colaboração com o criminólogo Franz Exner, "para o tratamento dos estranhos a comunidade"¹⁶. Mas isto, nos momentos atuais, não deixa de ser também a prova do fracasso social de um modelo econômico neoliberal, que transforma em problema penal o que não é mais que um problema social, que nunca se vai resolver com slogans tão desafortunados como os de "tirar o lixo das ruas". A ideologia da "tolerância zero" nova yorkina se transforma assim, em uma pobre versão hispana, em uma "criminalização da pobreza", com tudo o que isto significa de renúncia às tarefas de configuração social e de superação dos obstáculos para integração social, a que obriga o modelo de Estado social e democrático de Direito adotado no art. 1º de nossa Constituição.

¹⁶ Ver MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el derecho penal nacionalsocialista, 4ª ed., Valencia 2003.

O critério da “habitualidade” se utiliza também para sancionar como delito de lesão, e não como simples falta, e com penas privativas de liberdade que podem chegar até aos três anos de prisão a quem “em um prazo de um ano, tenha realizado quatro vezes a ação descrita no art. 617 deste Código”, que em princípio castiga só como falta com pena de localização permanente ou multa, as lesões que não requerem tratamento médico ou os simples golpes ou maus tratos que não cheguem a causar lesão. O preceito reflete uma tendência, que também se observa em outros preceitos introduzidos por esta reforma (cfr. regra 5^a do art. 66, e arts. 234, parágrafo segundo, 244, inciso 1, parágrafo segundo, anteriormente comentados), a um recusável “Direito penal do autor”. Efetivamente, neste entendimento do Direito penal o pressuposto da reação penal não é tanto o ato cometido (que pode ser de escassa gravidade), como a personalidade do autor, tomando-se o fato só como sintoma desta personalidade. Evidentemente, o legislador está pensando em pessoas propensas, de caráter agressivo que, sobretudo quando consomem bebidas alcoólicas costumam meter-se em brigas e discussões nas quais muitas vezes os adversários estão na mesma ou em pior situação. Se o fato que se pode observar em discotecas, competições esportivas ou mesmo na rua, não passa de uns golpes ou maus tratos ou de causar umas lesões que nem sequer requer tratamento médico ou cirúrgico, não se entende muito bem, pelo menos desde o ponto de vista de um coerente “Direito penal do fato”, por que deve ser castigado mais gravemente, como réu de um delito que tem previsto uma pena de prisão de até três anos. Por outra parte, o pressuposto para aplicar esta norma é extremamente arbitrário, já que não se baseia em condenações prévias, mas sim, pela simples constância (como? Por quem?) de que o sujeito tenha realizado, *no prazo de um ano*, quatro vezes a ação (ou ações) descrita no art. 617. A prova de tais atos em juízo não é tarefa fácil, se si tem em conta que pode ser que nem sequer tenha havido atuações judiciais ou policiais anteriores, ou que os atos tenham sido cometidos em diferentes lugares e em relação com diversas pessoas que nem sequer os tenham denunciado, ou que não tenha testemunhas nem outro tipo de provas que comprovem os golpes ou maus tratos. Bastará o simples atestado ou o informe policial de que é um indivíduo propenso a isto e que no último ano esteve implicado em pelo menos quatro altercações ou agressões físicas, das quais não se derivou nenhuma lesão relevante? Mas ainda, que uma das faltas foi produzida há seis meses sem que tenha havido causa interruptiva do prazo prescricional, já não poderá valorar-se para constituir o pressuposto do art.147. As

mesmas dificuldades que já observamos a respeito da construção de uma hipótese similar no furto, em respeito ao *ne bis in idem* e ao conflito de competências, importam também aqui.

Um conceito peculiar de “habitualidade” se maneja no art. 173, 2, que castiga como delito “contra a integridade moral”, com penas de até três anos de prisão, ao que “habitualmente exerça violência física ou psíquica sobre quem seja ou haja sido” uma das pessoas ligadas com o sujeito ativo por alguma das relações de caráter familiar ou quase familiar que se mencionam no preceito (cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmão consangüíneos por adoção ou afinidade), ou qualquer outra integrada no núcleo de convivência familiar. Para apreciar a “habitualidade” neste delito, diz o inciso 3º do art. 173, “se atenderá ao número de atos de violência que resultem acreditados, assim como a proximidade temporal dos mesmos, com independência de que dita violência se tenha exercido contra a mesma ou diferentes vítimas das compreendidas neste artigo, e de que os atos violentos hajam sido ou não objeto de ajuizamento em processos anteriores”. A desafortunada redação do preceito há dado causa a que algum autor tenha considerado que aqui se descreve um “tipo de autor”, psicopata ou violento possuidor de algum tipo de problema afetivo ou psíquico, com o que de novo um “Direito penal do autor” ronda este tipo de dispositivos nos quais se ressalta todo o desvalor do ato mais na “habitualidade”, que na gravidade do fato em si mesmo.

Isto pode ser observado claramente quando se vê no Projeto de Lei sobre violências de gênero, que entrará em vigor em janeiro de 2005, uma especial proteção à mulher, o que há motivado uma criminalização adicional do varão ao transformar em delito lesões, ameaças e coações leves “se a vítima for ou haja sido esposa, ou mulher que esteja ou tenha estado ligada ao autor por uma análoga relação de afetividade, ainda que sem convivência”. É evidente que esta “discriminação positiva” penal a favor da mulher e contra o homem tem difícil justificação jurídica e pode inclusive lesionar o princípio de igualdade estabelecido no art. 14 da Constituição, mas tem uma base sociológica evidente e responde aos movimentos feministas, aos que são especialmente sensíveis os políticos, até a ponto de que apesar de algumas objeções, o mencionado Projeto haja tramitado e sido aprovado com o voto unânime do Parlamento.

Mas, onde mais se observa este renascimento da idéia do “Direito penal do autor” acompanhado de uma política de “tolerância zero” é na criminalização de condutas meramente “imorais” no âmbito sexual e em relação, sobretudo, com os menores e incapazes. O alarme criado com o aparente aumento de abusos sexuais de menores e a utilização da Internet para traficar e difundir pornografia infantil tem motivado no ano de 2003 uma série de reformas do Código penal, que já haviam sido precedidas pela introdução em 1999 do delito de “corrupção de menores”, entendido como “fazer participar a um menor ou incapaz em um comportamento de natureza sexual que prejudique a evolução ou desenvolvimento da personalidade deste” e castigado com pena de prisão de seis meses a um ano ou multa (art.189, 3). É difícil imaginar uma “corrupção” que não seja já um delito de agressão sexual, abuso sexual, exibicionismo, difusão de material pornográfico, favorecimento da prostituição ou utilização de um menor em espetáculos pornográficos, fatos todos constitutivos de outros tipos delitivos já convenientemente sancionados em outros preceitos do Código penal. Mas o legislador, em seu afã de não deixar nenhum vazio na proteção da “identidade sexual” do menor ou incapaz, deixou em mãos do julgador uma perigosa arma que este pode utilizar para penalizar qualquer comportamento que, a seu juízo, ainda que não esteja compreendido nos supostos expressamente previstos nos anteriores delitos, deva ser castigado. E se isto foi pouco, o legislador de 2003 criou novos tipos penais em relação com este tema, penalizando a posse, “para seu próprio uso”, de material pornográfico em cuja elaboração tenham sido utilizados menores de idade ou incapazes (art. 189, 2), ou a produção ou difusão de material pornográfico “no que hajam sido utilizados diretamente menores ou incapazes, se empregue sua voz ou imagem alterada ou modificada” (art.189, 7). Em primeiro caso, é penalizado certamente um favorecimento indireto da pornografia com menores, na medida em que o consumidor da mesma, ainda que só a obtenha para seu próprio uso, está fomentando que a mesma seja levida a cabo; mas o disposto, igual que outras condutas meramente possessórias para o próprio consumo como a de drogas ilegais, está criminalizando *ex post* a alguém que diretamente *ex ante* não participou no delito de utilização de menores ou incapazes na elaboração de material pornográfico. Em segundo caso, chega inclusive mais distante, pois nem sequer é exigida a utilização direta do menor, senão que basta a utilização de imagens virtuais sem nenhuma base real. Não estamos aqui de novo ante um “Direito penal do autor” que penaliza a tendência pederasta como tal, ainda que sem

traduzir-se em atos que incidam diretamente no menor ou incapaz? Mais ainda, objeção comum a ambos preceitos é a possível lesão do direito fundamental a intimidade e as dificuldades de prova que para a persecução dos mesmos possam ocorrer: Bastará a suspeita de que alguém tem este tipo de material em casa, inclusive para uso privado, para justificar uma ordem judicial de busca e apreensão? Que quantidade será considerada como a que excede o simples uso e constitui já, posse para o tráfico?

Mas a mais clara expressão de um “Direito penal do autor”, que recorda a velha concepção dos “tipos de autor” da antiga Criminologia positivista nazista, é em relação com a reintrodução do delito de proxenetismo na redação que lhe foi dada, com a reforma de 29 setembro de 2003, no inciso 1 do art. 188, no qual se castiga com penas de prisão de dois a quatro anos e multa de 12 a 14 meses ao que “obtenha lucro explorando a prostituição de outra pessoa, ainda que com o consentimento da mesma”. Com este preceito se quer penalizar mais uma forma de vida ou um tipo de autor (o “cafetão”, ou “proxeneta”) que a realização de atos concretos contra a liberdade da pessoa prostituída. A declaração expressa de irrelevância do consentimento desta para excluir o castigo do proxeneta faz ainda mais recusável o disposto, pois, no afã desmedido de paternalismo jurídico, situa a pessoa prostituída nos limites da inimputabilidade ou da incapacidade de decidir, o que certamente pode dar-se em algum caso, mas não na maioria deles. O proxenetismo é desde logo uma lacra, mas tão vinculado à prostituição que quase é tão velho, freqüente e inevitável como a prostituição mesma. A norma poderia haver sido redatada de modo que fosse exigido para sua punibilidade algum tipo de restrição ou atentado a liberdade da prostituta, mas não prescindir totalmente da vontade desta, porque pode ser que, inclusive, encontre em seu “chulo”, que ademais pode ser o pai de seus filhos, a proteção necessária frente aos clientes morosos, sádicos, maltratadores ou excessivamente exigentes, mas também frente a outros exploradores ou pessoas prostituídas que não querem a competência. Penalizar sem mais esta figura equivale quase tanto como penalizar a prostituição e incrementar a marginalização social da mesma.

Estes exemplos demonstram que a famosa “tolerância zero” tem tido eco também na Política criminal adotada pelo legislador espanhol para combater a delinqüência de rua de baixa intensidade, ou comportamentos simplesmente molestáveis

socialmente ou de duvidoso merecimento de pena, mas que incidem diretamente na vida cotidiana dos cidadãos que nutrem principalmente o corpo eleitoral e que nas “pesquisas de vitimização” se sentem muito mais afetados por este tipo de feitos que, inclusive, por outros mais graves, que só raramente incidem diretamente no estilo de vida (“life style crimes”)¹⁷. Os efeitos negativos desta Política criminal têm sido já denunciados repetidas vezes e são tanto de caráter jurídico, como criminológico. Desde o ponto de vista jurídico, supõem uma infração clara ao princípio de intervenção mínima e de proporcionalidade (“matar mosquitos a tiros), e a conversão do “Direito penal do fato”, em um “Direito penal do autor” mais próprio dos sistemas penais autoritários e, inclusive, de caráter totalitário e racista.

Mas também desde o ponto de vista criminológico, tem sido denunciado sua falta de eficácia a médio e longo prazo. Como tem sido demonstrado, que a aplicação de uma «tolerância zero» em determinadas zonas ou cidades, não faz baixar o número total de delitos cometidos, senão simplesmente *desloca* o lugar de prática dos mesmos. Se si põe, por exemplo, muitos policiais e se fazem freqüentes batidas policiais, detenções de pessoas não identificadas, etc., em determinadas zonas da cidade, é possível e quase certo que nessas zonas baixe a criminalidade que mais caracteristicamente produz alarme e insegurança pública (o «arrebato», a prostituição, a venda de drogas), mas isso ocorre porque simplesmente a comissão desses fatos se desloca a outras zonas, verdadeiros «guetos», nos quais nem sequer a Polícia se atreve a entrar, ou a outras cidades que são mais «liberais» ou têm menos recursos policiais. Também pode

¹⁷ Estas teorias, assim como as da chamada “prevenção situacional”, tiveram grande êxito na Criminologia norte americana de finais do século XX, entre outras coisas porque se dirigem ao âmbito da criminalidade que mais se deixa sentir na vida cotidiana; daí a denominação “Criminologia da vida cotidiana”; cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*. Valencia 2001. A imagem que se emprega para descrevê-las é a das «janelas quebradas» (*broken windows*): se em uma casa existe uma janela quebrada que dá ao exterior, isso induz mais a entrar aos ladrões que em uma casa que passa uma imagem de solidez e não tem imperfeições. Estas opiniões foram lançadas por primeira vez em 1982, em um breve artigo, por WILSON e KELLING, *Broken Windows*, publicado em *The Atlantic Monthly* 1982, pp. 29-38; e foram desde logo desenvolvidas pelos mesmos e por William BRATTON, constituindo um movimento criminológico que alguns qualificam como «realismo de direitas»; cfr. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Madrid 1998, p.15 ss.

acontecer que o *deslocamento* seja para a prática de outro tipo de delitos, inclusive mais graves.

A idéia de tolerância zero também conduz a criminalização de condutas como a mendicância ou a prostituição de rua, que certamente podem representar um mal estar ou incômodo para a segurança ou a tranqüilidade pública, mas que não são verdadeiramente condutas delitivas. A *vítima individual* apenas é tida em conta e a relação delinqüente/vítima é substituída pela idéia de que todos podemos ser vítimas e, portanto, o motivo de intervenção é a segurança de todos em geral, e não a possível lesão a um bem jurídico em particular. E tudo isto, não só como um fato isolado, ou uma reação desproporcionada explicável, ainda que não justificável, em função de circunstâncias extremas, senão como uma regra geral, como uma forma normal de proceder em todo caso e com boa consciência.

Mas as principais objeções contra a «tolerância zero» provêm desde o ponto de vista de sua escassa eficácia na prevenção geral da delinqüência. Efetivamente, tem sido demonstrado que as políticas de «tolerância zero», que foram implantadas em muitas cidades americanas, seguindo o modelo da de Nova York a princípios dos anos noventa, ainda que momentaneamente tenham parecido reduzir algo nas cifras de criminalidade geradora de insegurança pública (furtos, roubos, danos, etc.), analisadas em um prazo mais longo foi constatado que não fizeram baixar de forma relevante o número de delitos, nem sequer o dos delitos menores, e sim, ao contrário, provocaram um aumento impressionante do gasto policial, o que, obviamente, conduz também a um aumento da atividade judicial e do número de condenações, com o conseqüente aumento da população penitenciária, já que a maioria destes delinqüentes é condenada a penas de prisão. Inclusive este aumento do efetivo policial tem provocado também o aumento das queixas de muitos setores comunitários contra a violência e excessos policiais, motivadas pelas reações desproporcionadas com que às vezes a Policia tem atuado em casos nos quais não havia nenhum perigo de prática de um delito. Assim, por exemplo, em Nova York em janeiro de 1999, uma patrulha de quatro membros da unidade de policia de «luta contra os delitos de rua», que buscavam a um suposto agressor sexual, realizaram 41 disparos, dos quais 19 atingiram o alvo, contra um jovem imigrante guineano de 22 anos, que se encontrava tranqüilamente no hall de um

edifício, ferindo-o mortalmente (*caso Diallo*). E em março de 2001, na cidade de Filadélfia, dispararam contra um jovem condutor de raça negra que ultrapassou um semáforo vermelho, porque quando ia este se identificar pensaram que ia sacar um revólver do porta-luvas. Por causa desse triste acontecimento, que se somava a outros muitos que haviam ocorrido no último ano, foram desencadeados durante vários dias diversos motins e revoltas na população de raça negra da cidade, até o ponto de ter que ser declarado o «estado de sítio» para restabelecer a ordem. O mesmo sucedeu na cidade de Los Angeles, a princípios dos anos 90, com o caso Rodney King, que foi espancado por um grupo de policiais, que logo foram absolvidos por um júri composto em sua maior parte por policiais aposentados de raça branca¹⁸. Aqui alguns dados sobre os efeitos desta política nos Estados Unidos da América:

O aumento da população penitenciária nos Estados Unidos nos últimos dez anos como conseqüência desta política tem sido impressionante, foi triplicado, passando de setecentos e quarenta mil a quase dois milhões. A cota de reclusos por cada 100.000 habitantes era em 1997 de 646, seis vezes superior à média da União Européia, que apenas passa de 100 (a da Espanha é de 113) (fontes: Bureau of Justice Statistics, Prison and Jail Inmate ad Mid-Year 1988, Washington 1999; Council of Europe Annual Statistics, Strassbourg 1997). Mas é que, além do que, a maioria da população carcerária está composta por pequenos delinqüentes, particularmente toxicômanos, condenados por tráfico de drogas em pequena escala, por roubos, furtos, desordens, etc., dos quais a maioria procede dos setores econômicos mais baixos da sociedade, desempregados, principalmente negros e latinos, em uma proporção de 10 por cada condenado de raça branca. Ante esta realidade, soa bastante cínico que o Presidente Reagan chegara a dizer que «a principal causa do delito é, com certeza, o delinqüente», contra o que pedia toda a dureza da lei, «*no more excuses*», nada de indulgência¹⁹. O crescimento desmesurado do setor penitenciário dentro da Administração pública, não impediu, entretanto, que se tenha recorrido a «prisão privada» ou ao setor

¹⁸ Sobre este caso e suas incidências jurídicas e sociais, ver FLETCHER, Las víctimas ante el jurado, tradução de Medina Ariza e Muñoz Aunión, Valencia 1998, p.65 ss.

¹⁹ Citado por WACQUANT, Las cárceles de la miseria cit., p. 62 s.

empresarial para que organize o trabalho dentro das prisões, convertendo-o em um trabalho produtivo e bastante rentável²⁰.

Se da experiência norte-americana passamos a havida na Cidade do México, onde por influência do ex-Prefeito da cidade de Nova York, Rudolph Giuliani, o grande propugnador e propagandista desta política, a quem parece que um grupo de empresários mexicanos lhes pagou por seu assessoramento quatro milhões de dólares, se têm aplicado nestes anos uma política de “tolerância zero”, os resultados tampouco parecem melhores:

Nem a qualidade de vida, nem o tráfico automobilístico, setor nos que se adotou uma estratégia de combate à desordem com a utilização do bafômetro e severas sanções aos infratores de tráfico, retirada de veículos abandonados, sanções a limpadores de pára-brisas, “flanelinhas” e “grafiteiros” etc, têm melhorado notavelmente. Tampouco as negociações com as chamadas “sexo servidoras” melhoraram a imagem das zonas onde sempre se praticou a prostituição, nem se erradicou o “pequeno tráfico” ou os pequenos furtos; para não falar de outros delitos mais graves como assaltos em plena via pública, seqüestros, homicídios, ou do linchamento em um bairro marginal de Cidade do México a princípios de dezembro de 2004, de dois policiais por um grupo de delinqüentes quase em presença de forças policiais que não intervieram, enquanto o fato era captado com toda tranqüilidade pelas câmaras de televisão das principais cadeias que o transmitiam ao vivo a todo o país (dados recolhidos de notícias de meios de comunicação mexicanos na primeira semana de dezembro de 2004).

À vista de todos estes dados, e de outros muitos similares que se tem constatado nos lugares nos quais foi implantada a política de «tolerância zero», se pode prever o que pode ocorrer, o que está ocorrendo já na Espanha, com as reformas do Código penal, que recentemente entraram em vigor em matéria de segurança pública. O que provoca esta política, no fundo é desde o ponto de vista de sua eficácia preventiva,

²⁰ Para mais detalhes cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología* cit., p.328 ss.

uma irrelevante diminuição de algumas formas de criminalidade escassamente relevante desde o ponto de vista qualitativo em troca de um aumento da «criminalização da pobreza». A globalização da economia tem trazido consigo em todo o mundo, inclusive nos países de maior nível econômico, um aumento de uma população sub-proletária, com grande número de desempregados, escassa qualificação profissional, imigração ilegal, etc., que logicamente está ligada à delinqüência, ou pelo menos a um certo tipo de delinqüência de sobrevivência. Certamente, é muito difícil que alguma sociedade admita que três milhões de desempregados possam impunemente roubar, mas o problema do desemprego não se soluciona com um aumento da repressão penal e policial, nem com a construção de mais prisões, mas com uma inteligente política social e econômica, com uma mais justa redistribuição da riqueza, com maior gasto em ajuda e obras sociais. Desgraçadamente, isto parece hoje estar distante dos programas da maioria dos governos, incluídos os de esquerda, nos países de maior nível econômico. A «globalização do modelo econômico» está provocando uma redução do Estado social e um aumento do Estado policial, penal e penitenciário; e a idéia de «tolerância zero» não é mais que a expressão de um pensamento único sobre como proceder e prevenir a delinqüência, que se quer estender como modelo a todo o mundo, independentemente das diferenças econômicas, culturais e sociais de cada país. Que isto seja algo mais que uma moda, dependerá da evolução da economia e da sensibilidade social dos agentes políticos e econômicos que hoje dominam o mundo; mas também do nível de resistência intelectual que possam impor os criminólogos e penalistas comprometidos com a prevenção da criminalidade dentro das coordenadas do Estado social e democrático de Direito, e da capacidade de resposta política que possam dar através de suas organizações, sindicatos, etc., os setores mais prejudicados pela globalização e a «tolerância zero»²¹.

5. O “direito penal do inimigo” e sua influência nas reformas penais.

Mas, se da criminalidade menor em importância qualitativa passamos à criminalidade de maior gravidade, observamos nas recentes reformas do Código penal espanhol uma tendência que mais que à idéia de “tolerância zero” responde ao que o

²¹ Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología* cit.

penalista alemão, Günther Jakobs, denomina “Direito penal do inimigo”²². Com ele, diz o citado penalista, o legislador não dialoga com seus cidadãos, somente ameaça a seus inimigos, cominando seus delitos com penas draconianas, recortando as garantias processuais, e ampliando as possibilidades de sancionar condutas mui distanciadas da lesão de um bem jurídico. Um panorama sem dúvida duro e desolador, mas, segundo diz o citado autor, inevitável, “pois se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa, isto é, contradiz a equivalência entre racionalidade e personalidade”²³.

Exemplos desse Direito penal excepcional têm existido sempre desde as origens da Codificação penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer às leis penais excepcionais contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos penais. Assim, por exemplo, na Espanha logo apareceu uma legislação excepcional para reprimir primeiro o bandoleirismo, em seguida aos movimentos sociais de caráter anarquista de finais do século XIX e, sobretudo após a Guerra Civil (1936/39) uma legislação penal de caráter bélico militar que se prolongou com maior ou menor intensidade durante todo o regime da ditadura franquista (1939/1975), que culminou em setembro de 1975 com a execução de cinco membros de grupos terroristas condenados a morte por um Tribunal militar.

Exemplos deste tipo tem havido também durante todo o século XX em muitos países europeus, e, com certeza, em outras partes do mundo, especialmente durante períodos de graves crises econômica, política e social, em situações de guerra ou pós-guerra, e de um modo generalizado nos regimes totalitários de Hitler, Mussolini, Stalin ou Franco, ou nas ditaduras do Cone Sul americano (Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai, Brasil) durante os anos 70 e parte dos oitenta do século passado.

Provavelmente, a novidade deste “Direito penal do inimigo” a que agora se refere Jakobs, é que este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios

²² Cfr. JAKOBS, La ciencia penal ante los retos del futuro, traducción de Teresa Manso en ESER/HASSEMER/ BURKHARDT, La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio, coordinador de la edición española: Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p.53 ss (esp.59 ss.). A expressão em alemão “Feindstrafrecht” foi utilizada já pelo citado autor em sua conferência nas Jornadas de Penalistas Alemães de Frankfurt em 1985, ainda que em um sentido bem mais crítico.

²³ JAKOBS, ob. cit., p.61

liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal. O tráfico de drogas, o terrorismo e o fantasma da criminalidade organizada têm sido os problemas que tem dado e estão dando lugar a este tipo de Direito penal excepcional.

A este respeito, Jakobs menciona vários exemplos de sujeitos que podem qualificar-se como inimigos:

*“O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo o parágrafo 20 do Código penal alemão), ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinqüência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o antigo “complô de assassinato”), isto é, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, tem abandonado o direito e, portanto, não garante a mínima certeza de segurança de comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento”*²⁴

Ainda sem chegar tão distante, alguns dos exemplos deste “Direito penal do inimigo” que menciona Jakobs vimos já na epígrafe anterior quando falávamos de “tolerância zero” em relação com os novos preceitos sobre “habitualidade”, proxenetismo e posse de pornografia na qual tenha sido utilizada a menores ou inclusive a voz ou a imagem deformada destes. Mas agora nos referiremos a outros nos quais igualmente pode-se falar de “tolerância zero”, mas de uma “tolerância zero” de maior

²⁴ Ob. cit., p.59.

alcance e magnitude, porque se refere a delitos mais graves e a uma forma também mais dura de combatê-los mais além dos parâmetros de repressão penal admissíveis no Estado de Direito. Isto é o que, se não o interpreto mal, Jakobs chama “Direito penal do inimigo”. Desde logo, algumas das reformas penais do Código penal espanhol, introduzidas em 2003, ainda que não só elas, refletem claramente as características que segundo Jakobs correspondem a este tipo de Direito penal. Vejamos algumas delas.

- Como exemplos de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo (cfr. por exemplo, respeito ao tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; e respeito ao terrorismo, arts. 571 e ss.), teremos agora a nova regulação dos delitos contra os direitos dos cidadão estrangeiros, que no art. 318 bis permite impor penas que podem chegar aos 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o propósito for a exploração sexual de pessoas, se realize com ânimo de lucro, e o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e seis meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações. Desde logo, aos que organizam uma dessas viagens para os imigrantes que pretendem atravessar o Estreito de Gibraltar em “pateras”²⁵, poderia sair-lhes mais barato matar a alguns deles, ou dizer que a jovem que quer trabalhar como prostituta na Espanha, na realidade o que quer é trabalhar de escrava por um salário de miséria na casa de uma rica família. Se a isto se soma que alguns destes traficantes de pessoas, que atuam em grupo, inclusive de forma transitória, lhe ocorre trazer um pouco de “haxixe” em seus bolsos para ganhar algum dinheiro vendendo-o, dos vinte anos de prisão não há quem os livre.

- Um regime de dureza extrema, nunca havida antes, se prescindirmos agora da pena de morte, com a pena da prisão na Espanha, representa o novo regime de prolongação de dita pena até quarenta anos, sem possibilidades de redução e concessão da liberdade condicional, tal como estabelecem agora os

²⁵ Nota da Tradutora: trata-se de uma embarcação pequena, com fundo plano e que não possui quilha.

arts. 78 e 90, depois da reforma de 30 junho de 2003, que entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação, para os delitos de terrorismo. Naturalmente, isto não impediu que ocorresse o atentado terrorista de 11 de março do 2004. Nem tampouco parece que seja esta a perspectiva que desalente aos terroristas que no futuro possam cometer atos semelhantes. Mas disso falaremos mais adiante.

- Como exemplo de antecipação da intervenção do Direito penal a supostos afastados, inclusive da colocação em perigo do bem jurídico, temos os preceitos relativos à apologia do genocídio (art.607, 2) e a indireta do terrorismo, através de seu enaltecimento ou justificação (art.578), ou a penalização da convocatória de referendums ilegais (art.506 bis), e da concessão de ajudas ou subvenções a partidos políticos dissolvidos ou suspensos por resolução judicial (art.576 bis), introduzida de forma sub-reptícia na Lei Orgânica 20/2003, de 23 dezembro 2003, aproveitando uma Lei de acompanhamento à Lei de Orçamentos. Até tal ponto se considerou que estes dois últimos preceitos constituem uma extrapolação do poder punitivo, que uma das primeiras reformas penais que pretende adotar o Governo saído das eleições de 14 de março de 2004, é as suprimir.

- E como exemplo de recorte de garantias processuais, seguindo o exemplo de preceitos do Act Patriotic dos Estados Unidos que permitem ao FBI, sem controle judicial, prender cidadãos, ou solicitar das empresas dados sobre a intimidade de seus clientes e trabalhadores e outras muitas violações de direitos fundamentais, estão as medidas excepcionais de detenção governamental por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo na Inglaterra (cfr., infra); ou a aceitação como prova, sancionada legalmente em muitos países, da declaração do “arrependido”, nos casos de terrorismo e criminalidade organizada (“chiamata di correo”, na Itália; “testemunha protegida”, na Lei sobre crime organizado no México). Na Espanha, embora nos últimos anos, salvo em matéria da prisão preventiva, não se têm feito reforma processuais específicas, existem práticas jurisprudenciais que admitem como prova de acusação contra um acusado a “declaração do co-imputado” (cfr. STS 29 julho 1998: “caso

Marey”²⁶), ou a utilização como meio de prova de gravações áudio-visual obtidas de uma forma, que, como repetidamente declarou o Tribunal europeu de direitos humanos de Estrasburgo a respeito do art. 579 da Lei de Processamento criminal espanhola, violam a intimidade porque não respeitam determinados princípios e garantias.

Mais, uma vez constatada a existência de alguns preceitos existentes na legislação penal positiva, do que se trata é de ver até que ponto são legítimos, quer dizer, se estão ou não em consonância com os princípios do Estado de Direito e respeitam os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. Este é o problema principal, e precisamente por isso, expõem-se continuamente em torno deles questões de inconstitucionalidade e dão lugar a inumeráveis recursos de amparo²⁷, quando se aplicam em algum caso concreto nos processos penais que diariamente têm que ser decidido pelos Tribunais dos países democráticos nos quais estes princípios se encontram acolhidos nos textos constitucionais e são vinculantes para os mesmos. E efetivamente, muitas vezes os Tribunais constitucionais destes países ou os de direitos humanos de carácter internacional declararam a inconstitucionalidade destes preceitos ou anularam as condenações que se apoiaram nos mesmos. Como podemos ver, em algumas decisões havidas na Jurisprudência espanhola mais recente:

Assim, por exemplo, a STC de 16 dezembro de 1987 declarou inconstitucional e parcialmente nula a aplicação do regime excepcional que estabeleciam os arts. 13 a 18 da Lei Orgânica 96/1984 à apologia dos delitos relativos a bandas armadas, elementos terroristas e rebeldes. A STC de 20 julho de 1999 anulou a STS de 29 novembro de 1997, considerando que a aplicação do art. 174 bis a) do anterior Código penal (colaboração com banda armada) à decisão da Mesa Nacional do Herri Batasuna de ceder seus espaços eleitorais gratuitos à difusão de um vídeo propagandístico da banda terrorista ETA infringia o art.25, 1 da Constituição. A STC 18/2003, de 23 de outubro (“caso auto-estrada da Andaluzia”), anulou outra do TS em que foram condenados uns funcionários por

²⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, p.69 ss.

²⁷ Nota da tradutora: recurso constitucional para defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

suborno, utilizando como prova umas gravações telefônicas decretadas pelo Juiz instrutor, como resultado de uma denúncia anônima. Também o Tribunal Europeu de Direitos humanos manifestou repetidas vezes que a regulação que deste problema faz o art. 579, 3 da Lei de Processamento criminal espanhola é insuficiente por não respeitar princípios de proporcionalidade, suficiente controle judicial, etc (casos “Valenzuela” e “Prado Bugallo”). E já são muitas as decisões do Tribunal Supremo e de outras instâncias judiciais espanholas que, seguindo este critério, anularam provas obtidas com infração destes princípios, inclusive em relação com delitos graves, principalmente de narcotráfico²⁸.

Apesar destas e de outras decisões similares adotadas pelos tribunais de justiça em outros países, os Governos e poderes legislativos, inclusive em países com mais tradição democrática que o nosso, pressionados pelos meios de comunicação e por uma opinião publica alarmada pelo incremento destes problemas, sobre tudo a partir dos graves atentados terroristas dos últimos anos e especialmente dos de 11 de setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, adotaram uma série de medidas legislativas que margeiam, quando não claramente infringem os limites constitucionais do Direito penal no Estado de Direito. Um exemplo deste tipo pode ser o USA Patriotic Act de outubro da 2001 e as ordens militares aprovadas nos Estados Unidos depois do atentado de 11 de setembro. Felizmente, nesse mesmo país alguns juizes consideraram inconstitucionais muitos desses preceitos por infringir direitos fundamentais como o direito ao devido processo, à intimidade, etc; embora o certo é que de um modo ou outro seguem estando vigentes e dando lugar a situações como a dos detentos afegãos na base americana de Guantânamo, e aos abusos e torturas dos presos iraquianos no cárcere de Abu Grhaib.

Neste mesmo ano, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em sua sentença de 3 de março de 2004, declarou inconstitucional a regulação que em 1999 tinha introduzido o legislador alemão no Ordenamento processual penitenciário, pela qual eram permitidos graves intromissões empregando como meios de prova gravações de conversações no âmbito da intimidade mais estrito (*grosse Lauschangriffe*), por não

²⁸ Ver sobre esta jurisprudencia MUÑOZ CONDE. La valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, Buenos Aires 2004, p.45 s.

cumprir determinadas garantias, requisitos, derivadas do princípio de legalidade e de proporcionalidade²⁹. E em dezembro do 2004, a Câmara dos Lordes inglesa sentenciou que a Lei anti-terrorista inglesa de 2001, patrocinada pelo Governo Blair, que permitia a detenção governamental sem limite temporário de estrangeiros suspeitos de terrorismo (uma espécie “de Guantânomo britânico”, como foi denominada), infringe entre outros direitos da Convenção Européia, o direito à igualdade jurídica entre estrangeiros e cidadãos, ao devido processo e à proteção judicial efetiva. “A prisão indefinida sem acusações nem julgamentos é anátema em um país que observa o império da lei”, escreve em suas conclusões Lorde Nicholls do Birkenhead. E ainda mais contundentemente escreve Lorde Hoffmann, outro dos oito Magistrados que se pronunciam contra esta Lei: “A verdadeira ameaça para a vida desta nação, entendida como um povo que vive de acordo com suas tradições e seus valores políticos, não vem do terrorismo, mas sim de leis como esta”³⁰.

Parece, pois, que a existência de um “Direito penal do inimigo” não goza do apreço e simpatia dos Tribunais encarregados de vigiar se as normas penais (ou de qualquer outro ramo do Ordenamento jurídico) adaptam-se aos princípios do Estado de Direito e respeitam os direitos fundamentais reconhecidos tão internamente nas Constituições, como internacionalmente nas Declarações internacionais de Direitos humanos. Portanto, o único problema que deveria discutir o jurista não seria mais que o de comprovar sua compatibilidade com estes princípios. Mas não cabe dúvida que, igual ao que víamos em relação ao movimento de “tolerância zero”, existe hoje em dia uma tendência a utilizar o Direito penal de um modo mais enérgico e contundente inclusive, saltando-se, se fora necessário os limites que lhe impõem o Estado de Direito e, o reconhecimento, tanto a nível nacional, como internacional, dos direitos humanos. Diante desta situação deve-se perguntar:

Até que ponto é legítimo um “Direito penal do inimigo” que não se atenha aos princípios do Estado de Direito e viole preceitos constitucionais e declarações internacionais a favor dos direitos humanos?

²⁹ Ver comentário a esta sentença in MUÑOZ CONDE, ob. u. cit., p.50.

³⁰ Textos recolhidos em diversos meios de comunicação em 18 de dezembro de 2004.

E, sobretudo, quais são os limites que deve ter o mesmo, se é que, por sua natureza, admite algum tipo de limites?:

Será também a “guerra suja” contra o terrorismo um “Direito penal do inimigo”? O é o chamado “assassinato seletivo” praticado pelo exército israelense lançando mísseis contra os supostos dirigentes dos grupos terroristas palestinos quando se encontram em suas casas ou viajam de carro? O são os crimes de guerra, quando matam a soldados feridos e indefesos, ou os chamados “danos colaterais” dos bombardeios, quando estes alcançam a civis, à população não combatente, a mulheres e meninos? O são a tortura como meio de investigação da verdade, a prisão sem os direitos mínimos reconhecidos internacionalmente aos prisioneiros, a privação de liberdade meramente governamental, sem controle judicial, sem direito à assistência de um advogado designado livremente, por tempo indefinido? A pena de morte?

Quanto a estas questões, não cabe dúvida, pode-se responder de diversas maneiras, e nessas respostas haverá implícita ou explicitamente algo mais que uma atitude puramente jurídica. Assim, por exemplo, alguém dirá: Caso se trate de uma guerra, na guerra cabe tudo, com o fim de ganhá-la. Ao inimigo não lhe reconhecem direitos, se lhe combate sem mais; se lhe caça “vivo ou morto”. “Não há melhor terrorista, que o terrorista morto”, dizia um velho Ministro que também tinha sido Ministro na ditadura franquista.

A este respeito Jakobs oferece a seguinte fundamentação:

“Os inimigos não são efetivamente pessoas” (Feinde sind aktuell Unpersonen”, no original alemão)³¹. Portanto, não podem ser tratados como tais.

³¹ Na tradução de Teresa Manso, que aqui se utiliza, diz(p.60): “Os indivíduos são atualmente não pessoas”. Segundo alguns entendidos na terminologia funcionalista que usa este autor, JAKOBS utiliza o conceito de pessoa como equivalente a sujeito de direito, subsistema psicofísico de imputação dentro do sistema, e que é esta qualidade a que deixariam de ter aqueles que se colocam de maneira permanente a margem do sistema e atacam as bases fundamentais do mesmo (cfr., por ej., PORTILLAS CONTRERAS, El derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, *in* Dogmática y Ley Penal, Livro em Homenagem a BACIGALUPO, Madrid 2004, tomo II, p.696 ss.

Mas o que quer dizer com isso? Como valorar esta afirmação? Se for uma mera descrição de uma realidade (que existe e da que já demos alguns exemplos), terá que dizer algo em relação à mesma, terá que valorá-la e terá que tirar disso umas conseqüências.

Evidentemente, e dada que esta questão não é nova, também no passado se deu algum tipo de fundamentação doutrinal à existência de “dois Direitos penais”. Assim, por exemplo, dizia o famoso advogado criminalista alemão Edmund Mezger nos informes que redigiu em 1943 para o regime nacionalsocialista sobre um Projeto de lei sobre o tratamento de “Estranhos a Comunidade”, o seguinte:

“No futuro haverá dois (ou mais) “Direitos penais”:

-um Direito penal para a generalidade (no que em essência seguirão vigentes os princípios que regeram até agora), e

-um Direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinqüentes por tendência. O decisivo é em que grupo deve incluir-se à pessoa em questão.....Uma vez que se realize a inclusão, o “Direito especial” (quer dizer, a reclusão por tempo indefinido) deverá aplicar-se sem limites. E desde esse momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas.....Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente novidadeira (estar na nova Ordem; nele radica um “novo começo”).³².

Não parece que a Edmund Mezger parecesse mal esta separação entre duas classes de Direito penal. Nem pelo conteúdo deste texto (o Projeto de lei sobre Estranhos à Comunidade incluía, entre outras graves medidas, a entrega à polícia dos associados, sua reclusão por tempo indefinido em campos de concentração, e sua esterilização “quando puder esperar-se deles uma herança indesejável para a comunidade”, ou a castração de homossexuais, “se a segurança pública assim o exigir”), nem pela idéias vertidas em suas publicações e outras atuações de colaboração que

³² Ver o texto completo deste informe, in MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed., Valencia 2003, p. 242 ss. aspas e sublinhas constantes no texto original.

levou a cabo o famoso advogado criminalista com o regime nazista entre 1933 e 1945, parece que lhe repugnasse muito a idéia de que houvesse um Direito penal especial para “inimigos da comunidade” (como também chamava uma parte desses “estranhos”), com os que estavam de sobra todas as garantias e diferenciações jurídicas próprias do Direito penal aplicável à generalidade dos cidadãos normais.

Então se tratava de um regime totalitário, no que se dava por justificado que existisse um Direito penal deste tipo para os “inimigos” ou “estranhos à comunidade”. Mas uma distinção similar é mais dificilmente assumível no Estado de Direito, que, por definição, não admite que se possa distinguir entre “cidadãos” e “inimigos” (ou “amigos” ou “inimigos”, na clássica distinção do famoso politólogo nazista Carl Schmitt), como sujeitos com distintos níveis de respeito e proteção jurídica. Os direitos e garantias fundamentais próprias do Estado de Direito, sobretudo as de caráter penal material (princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade) e processual penitenciária (direito à presunção de inocência, à tutela judicial, a não declarar contra si mesmo, etc), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito. Caso seja admitida sua derrogação, embora seja em casos pontuais extremos e muito graves, tem-se que admitir também o desmantelamento do Estado de Direito, cujo Ordenamento jurídico se converte em um ordenamento puramente tecnocrático ou funcional, sem nenhuma referência a um sistema de valores ou, o que é pior, referido a qualquer sistema, embora seja injusto, sempre que seus protetores tenham o poder ou a força suficiente para impô-lo. O Direito, assim entendido, se converte em um puro Direito de Estado, no que o direito se submete aos interesses que em cada momento determine o Estado ou a forças que controlam ou monopolizam seu poder. O direito é então simplesmente o que em cada momento convém ao Estado, que é, ao mesmo tempo, o que prejudica e faz o maior dano possível a seus inimigos. Os mais importantes juristas do regime nacionalsocialista, como Roland Freisler ou Hans Franck, afirmavam e formulavam esta idéia com toda clareza: “Recht ist was dem Volk nuzt” (“Direito é o que é útil ao povo”). Substitua o termo “povo” pelo de “Estado” ou pelo de “sistema”, e o termo “útil” pelo de “funcional” e teremos uma fundamentação do Direito penal do inimigo perfeitamente funcionalista. A única diferença entre a fundamentação funcionalista atual do Direito penal e a que oferecia o nacionalsocialismo é que o funcionalismo está disposto a assumir também que Direito é

o que é funcional (útil) ao sistema democrático, embora muitos de seus preceitos não tenham nada de democrático. Em definitivo, a “razão de Estado”, que é o que monopoliza o poder punitivo, ou a funcionalidade de seu sistema, independentemente de que seja democrático ou autoritário, converte-se no único fundamento do Direito (penal).

Não sei se Jakobs chegaria a admitir³³, se queira como hipótese, uma colocação tão extrema como esta, mas do que não cabe dúvida (e aí está o caso de Mezger para demonstrá-lo) é que é possível chegar a esta conclusão, quando se admite a existência de dois Direitos penais distintos, inspirados em princípios diferentes e com distintas finalidades ou funções. Em todo caso, corresponde aos que assumem esta distinção como inevitável esclarecer o que quer dizer com a por demais bastante ambígua expressão “Direito penal do inimigo” e quais seriam os limites que o mesmo deveria ter, se é que tem algum. Considero que, nos momentos atuais, não basta identificar e descrever nos Ordenamentos jurídico-penais atuais brotos ou exemplos evidentes de um “Direito penal do inimigo”, mas sim é preciso manifestar também se foram compatíveis com o marco constitucional de um Estado de Direito e com os Pactos internacionais de Direitos civis reconhecidos e acolhidos nos Ordenamentos jurídicos dos Estados civilizados. Uma visão puramente tecnocrática, funcionalista ou descritiva de um sistema jurídico, converte ao jurista em simples notário que constata uma realidade, mas que nem a aprova, nem a desaprova. É como descrever como funciona uma cadeira elétrica, mas sem pronunciar-se a favor nem contra a pena de morte. Constata-se a sua existência, determina-se, segundo a lei vigente, quais pessoas devem sentar-se nela, depois de haver lhes imputado o delito que fundamenta sua aplicação, como e quem deve pronunciar-la e em seguida quem deve aplicá-la. Mas a

³³ Mas o certo e verdadeiro é que em trabalhos posteriores a sua Exposição de Berlim se reafirma na necessidade de admitir o “Direito penal do inimigo”, com este ou outro nome, como algo inevitável ao que tem que recorrer uma sociedade em casos extremos para manter sua segurança. Veja-se por ex., JAKOBS, *Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo*, no JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, p.55 S.: “Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar como um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito a segurança; mas à diferença da pena, não é Direito também em relação ao que é presidiário; pelo contrário, o inimigo é excluído”.

pena de morte como tal segue aí imutável, imodificável, subtraída a qualquer tipo de valoração por parte do jurista, cujo papel termina no momento que constatou que a pena prevista na lei para o delito se aplicou “contrafácticamente” para restabelecer a vigência da norma infringida pelo condenado.

Trata-se, como se vê, de uma construção valorativamente ambígua, ou polivalente, onde o mesmo vale para um roto como para um descosturado, para um sistema democrático, como para um totalitário. O sistema, qualquer que seja, e sua manutenção, a qualquer custo, é o único que importa.

Mas, inclusive, caso se admita como inevitável esta distinção e se considere como uma tendência que não pode parar, na medida em que efetivamente já são muitos os Ordenamentos jurídicos nos quais podem ser encontrados exemplos normativos inspirados nesta concepção belicosa do Direito penal, como meio de luta contra o “inimigo”, imediatamente surge uma pergunta, que já formulou Albin Eser no encerramento do Seminário ocorrido em Berlim em outubro de 1999, no qual Jakobs apresentou sua antes citada exposição³⁴:

“Esta “frieza” que se deduz da concepção (do delito, FMC) reduzida à lesão normativa assusta ainda mais, quando se contrapõe a frente construída por Jakobs entre um “Direito penal do cidadão” respeitoso com o Estado de Direito e um “Direito penal do inimigo” emanado do poder estatal. Inimigos como “não pessoas”, é uma consideração que já conduziu alguma vez à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios que se utilizem para determinar quem é “cidadão” e quem “inimigo”. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? o que por razões políticas e acreditando-se que atua pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou o que escava a base econômica do Estado aproveitando qualquer possibilidade de defraudar impostos, cometer delito fiscal ou uma fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por muito coerentes que possam ser em si mesmos, e

³⁴ In ESER/HASSEMER/BURKHARDT, ob.cit.: Consideración final de Albin Eser, tradução de Carmen Gómez Rivero, p. 472.

outra coisa é pensar nas conseqüências que deles se possam derivar – e isto não é menos importante no marco da responsabilidade científica”.

O “Direito penal do inimigo” tem, portanto, duas questões básicas que responder, se é que quer ultrapassar a soleira de uma expressão brilhante e mais ou menos provocadora, mas tautológica ou vazia de conteúdo. Uma é de tipo conceitual e afeta a seu próprio conteúdo: Quem define ao inimigo e como lhe define? Que tipo de sujeitos autores de delitos se inclui no grupo dos cidadãos ou no dos inimigos? A outra está relacionada com o marco de referência: é compatível com o Estado de Direito e com o reconhecimento, sem exceções, a todos dos direitos humanos fundamentais? É compatível com o princípio de que todos somos iguais diante da lei?

6. Conclusão.

No meu entender, Jakobs não responde satisfatoriamente a nenhuma das duas questões. Limita-se a constatar uma realidade e alude à necessidade de uma “segurança cognitiva” como fundamento de sua existência. Esta “segurança cognitiva” que Jakobs descreve como aspiração fundamental do Direito penal do inimigo é, obvio, também uma aspiração de qualquer sistema jurídico; “por conseguinte, diz Jakobs³⁵, não pode tratar-se de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas sim de descrever dois pólos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico-penitenciário” (itálicos no original). Mas uma segurança cognitiva total nunca pode ser garantida por nenhum sistema seja do tipo que seja. Poderá haver níveis maiores ou menores de segurança, e do que se trata é de determinar quando esses níveis são compatíveis com o exercício dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre os dois pólos é difícil e, como já dissemos anteriormente, sempre se encontram em tensão. Mas se, como acontece em momentos de crise, a balança se inclina descaradamente e sem nenhum tipo de limites a favor da segurança cognitiva, a conseqüência imediata será a paz, mas a paz dos cemitérios. Uma sociedade em que a segurança se converte no valor fundamental, é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir a menor possibilidade de mudança e de progresso, o menor risco.

³⁵ In JAKOBS/CANCIO, ob. cit., p.22.

Tampouco acredito que ajude muito a aclarar esta postura, negando ao “Direito penal do inimigo” o caráter ou inclusive o nome de “Direito penal”³⁶, pois o problema principal que aqui se expõe não é uma questão de nomes, mas sim de conteúdos. Como dizia um meu amigo das leis penais franquistas mais repressivas,

³⁶ Neste sentido, CANCIO MELIÁ, “¿“Derecho penal” del enemigo?”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, ob. cit. (também do mesmo CANCIO, Feind“strafrecht” manuscrito de um artigo em alemão ainda inédito, que por gentileza de seu autor pude já consultar); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. revisada y ampliada, Madrid 2001, p.166; quem, em todo caso, mostram suas reservas em relação à legitimidade deste tipo de Direito penal da emergência. Não obstante, este último autor cita o “Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos” como um exemplo de “Direito penal do inimigo” (cfr. p.165 de. Certamente, se si conceberem as pessoas às que lhes impõem tais medidas só como “seres perigosos”, ou, como, segundo lhes definia no nacionalsocialismo, “estranhos ou inimigos da comunidade”, (cfr. por exemplo, o Projeto nazista sobre o tratamento dos estranhos à comunidade, assessorado pelo advogado criminalista Mezger e o criminologista Exner), aos que terei que “inocuidar” lhes impondo medidas como a esterilização “para prevenir uma herança indesejável”, a castração ou o internamento por tempo indefinido em campos de concentração, não cabe dúvida que estaremos ante um “Direito penal do inimigo” (Sobre este Direito penal nacionalsocialista, veja-se MUÑOZ CONDE, (Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo cit, passim), igual a que podia qualificar-se como tal a Lei franquista de Periculosidade e Reabilitação social, que inclusive admitia a imposição de medidas de segurança, que em nada se diferenciavam de penas, a pessoas “perigosas sociais” (vagos, mendigos, drogados, homossexuais), embora não tivessem cometido delitos. Mas se, precisamente para evitar estes abusos que levaram ao Holocausto e ao sacrifício de milhões de pessoas no regime nazista, preconiza-se um “Direito de medidas de segurança”, limitado pelo princípio de legalidade e proporcionalidade, só aplicável aos que tenham cometido um fato delitivo, e inclusive precisando, como faz o art. 6, 2 do Código penal espanhol de 1995, que “as medidas de segurança não podem resultar nem mais onerosas nem de maior duração que a pena abstratamente aplicável ao feito encargo, nem exceder o limite do necessário para prevenir a periculosidade do autor”, não há por que aceitar, tampouco neste âmbito, a existência de um Direito penal do inimigo, apoiado só em critérios de periculosidade (para mais detalhe sobre esta concepção, MUÑOZ CONDE *in* *Derecho penal y control social*, Jerez 1985, p.49 ss. (há segunda edição colombiana, Remará 1999, Nota da tradutora: há também uma edição brasileira “Direito penal e controle social”, ed. Forense, 2005). O que sim demonstra este exemplo usado a colação por SILVA SÁNCHEZ, é a proximidade entre as idéias de “tolerância zero” e as do “Direito penal do inimigo”. É obvio, que qualquer setor do Direito penal pode converter-se em “Direito penal do inimigo” a pouco que se extra-limite e se infrinjam os princípios limitadores do Direito penal do Estado de Direito (sobre outras possibilidades de “perversão” destes limites e dos conceitos básicos do Direito penal durante a ditadura franquista, veja-se MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, P. 58 ss.; e o esclarecedor Prólogo do Gonzalo Fernández a 2ª edição desta obra, Buenos Aires, 2001).

“será Direito penal, mas um Direito penal do qual se terá que sair correndo”³⁷. Naquela época eram muitos os estudantes universitários (e os operários, sindicalistas e demais opositores do regime franquista) que nas manifestações contra o regime corriam pelas ruas perseguidos por policiais uniformizados de cinza (os “cinzas”) e que recebiam em suas costas os golpes que estes lhes davam, quando não eram detidos e passavam longos dias nos calabouços policiais até que eram postos à disposição de um Tribunal especial (o famoso Top = Tribunal de Ordem pública) que podia condená-los a vários anos de prisão por manifestação ilegal, desordens públicas, propagandas ilegais ou associação ilícita. Mas se, além disso, eram acusados de terrorismo por ter participado de algum ato de violência ou do qual tinha resultado algum policial morto, então passavam à competência de um Tribunal militar que depois de um julgamento sumaríssimo de guerra, pronunciava penas de morte que certamente eram executadas, como sucedeu com as últimas cinco execuções ocorridas na ditadura em setembro de 1975. Lástima que alguns que sofreram em seus corpos os rigores desse “Direito penal do inimigo” não tenham inconveniente agora em admiti-lo, ao menos hipoteticamente, para “outros inimigos”.

Mas também está o problema, nada desdenhável, em uma sociedade orientada para as conseqüências, do efeito preventivo que, obviamente, deve ter esse Direito penal do inimigo na contenção ou redução dos níveis de criminalidade nos âmbitos no quais seria aplicável, já que precisamente seu fim é afiançar a “segurança cognitiva” e não puramente a normativa. Não parece, entretanto, que os terroristas, narcotraficantes, ou membros de associações mafiosas, aos que principalmente pretende dirigir-se, sintam-se especialmente ameaçados por este Direito penal especial, sem garantias, nem por nenhum outro. Pode ser que, inclusive, lhes legitime em seus ataques ao Estado que, já de antemão, os exclui e os qualifica como “não pessoas”. O que sim é evidente, em todo caso, é que o Direito penal do inimigo representa ou pode representar uma ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito, e que com isso desvaloriza a segurança normativa, acentuando tão só a puramente cognitiva, quer dizer, a eficácia frente a perigos, não o restabelecimento da vigência da norma e a confiança dos cidadãos na mesma. Para os que fazem já mais de trinta anos defendíamos na

³⁷ Ver meu Prólogo a HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, tradução de MUÑOZ CONDE e ARROYO ZAPATERO, Barcelona 1984.

Espanha, não sem assumir algum tipo de risco mais à frente do puramente intelectual que pusesse em perigo nosso futuro acadêmico ou inclusive nos fizesse clientes propícios daquele “Direito penal do inimigo”, esses princípios do Estado de Direito frente à legislação excepcional antiterrorista do regime franquista, que qualificava como “inimigos” a todos os que discrepassem publicamente do regime ditatorial ou pretendesse exercer direitos fundamentais em uma democracia, como os da liberdade de expressão, associação ou manifestação, não é muito difícil admitir agora que, diante do menor sinal de perigo para o sistema democrático, os mesmos possam ser derogados. Porque esses são também os princípios que tentamos ensinar ainda, e muitas vezes contra a corrente (o garantismo e a contenção do poder punitivo do Estado não estão precisamente de moda), nas salas de aulas universitárias aos jovens e futuros juristas; e que, entretanto, vemos com medo que podem ver-se hoje transgredidos sob o pretexto de defender paradoxalmente o Estado de Direito. Mas se pode defender a democracia com meios inadmissíveis no Estado de Direito e incompatíveis com seus princípios fundamentais? Pode utilizar o Estado de Direito, sem perder seu nome, os meios de repressão punitiva que caracterizam a um Estado ditatorial, ou autoritário? É possível dentro do Estado de Direito a coexistência de dois modelos diferentes de Direito penal, um respeitoso com as garantias e os direitos fundamentais, e outro puramente policial, para “inimigos”, que faça tabula rasa dos princípios e garantias características do Estado de Direito?

Com penas draconianas, com o abuso do Direito penal empregando-o além do que permite seu caráter de *ultima ratio*, e com o recorte dos direitos fundamentais do imputado no processo penal, possivelmente é possível lutar mais ou menos eficazmente contra o “inimigo”, mas o que sim é seguro é que com isto se está abrindo uma porta pela qual pode penetrar sem que nos dermos conta, um Direito penal de marca autoritária, um Direito penal do e para o inimigo, tão incompatível com o Estado de Direito como o são as legislações excepcionais das mais brutais ditaduras. O único que falta já para parecer-se com elas são a pena de morte, que nos Estados Unidos é aplicada e executada com profusão, inclusive em situações de normalidade, e os Tribunais militares, que voltaram a atuar como tribunais excepcionais para julgar os chamados “crimes terroristas”, sem dar-se conta que a forma mais grave de terrorismo é o “terrorismo de Estado”.

Mas, permita-me uma pergunta:

O que aconteceria depois de converter-se este Direito penal do inimigo em realidade habitual e corrente em nossas democracias, seguem cometendo-se ou inclusive se incrementam as ações terroristas e a respostas também terroristas do Estado às mesmas? Se reintroduzirá a tortura como meio de investigação?; Abrir-se-ão campos de concentração para os inimigos? Admitir-se-á a detenção policial sem intervenção judicial? Generalizar-se-á a aplicação da pena de morte e se encarregarão disso Tribunais militares de exceção?

Provavelmente mais de um estará já procurando argumentos jurídicos que avalizem estas possibilidades. Sem dúvida, poderá encontrá-los em alguma construção doutrinal. Mas alguém terá, algum dia, que dar conta dessa deteriorização do Estado de Direito, sobretudo quando além do mais, não tenham sido conseguidos com o “Direito penal do inimigo” melhores efeitos que com o “Direito penal do cidadão”, quer dizer, o do Estado de Direito, que certamente, tampouco, é a melhor de todas as possíveis. Mas deverá reconhecer-se que, à igualdade de efeitos, o do Estado de Direito oferece mais garantias e respeito pela dignidade humana, pelas possibilidades de reinserção, de renúncia à violência, de mudança e de esperança na mudança que possamos ter no terrorista ou no inimigo, do que a que simplesmente o considere como um objeto a vigiar e castigar, como um ser daninho que deve ser encerrado o maior tempo possível, inclusive embora o seja pelo resto de seus dias, ou ser simplesmente eliminado fisicamente como um animal, como alguém que nem sequer merece ser tratado como pessoa.

No que sim tem razão Jakobs, é em pôr de manifesto a existência real, e não meramente encoberta, de um “Direito penal do inimigo” também nos Ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito. Porém, o trabalho do advogado criminalista não deve ficar, no meu entender, na mera constatação de sua existência, mas sim deve analisar também sua compatibilidade com os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais consagrados na Constituição e nas Declarações Internacionais de Direitos

humanos. O jurista não pode ser, nestes casos, como pretende Jakobs³⁸, um simples “mensageiro” que se limita a transmitir más notícias (pelo resto mais que conhecidas), ou as empacotar, as identificando e lhes dando um nome mais ou menos afortunado, mas sim, deve também as analisar criticamente e comprovar sua compatibilidade com determinados princípios³⁹. E isso não já por razões ideológicas ou políticas, mas sim por motivos estritamente jurídicos, porque do que, em última instância, trata-se é de comprovar se esse “Direito penal do inimigo” está ou não em consonância com o modelo jurídico constitucional do Estado de Direito que constitui o gesto de identidade das sociedades democráticas atuais. Porque embora é certo que estas, por exemplo, não podem baixar a guarda ante o terrorismo, em qualquer de suas versões de utilização da violência com finalidade política, ou ante qualquer dos outros graves problemas que constituem uma séria ameaça para sua existência, tampouco podem, se querem seguir mantendo com dignidade tal nome, renunciar aos princípios e garantias que lhes são consubstanciais e que constituem a essência de sua própria forma de ser. Como tampouco se podem fechar definitivamente as portas a reinserção social (entendida como não dessocialização ou como humanização do sistema punitivo), objetivo primitivo, segundo o art. 25,2 da Constituição, das penas e medidas privativas de

³⁸ É o próprio JAKOBS quem afirma que as críticas que fazem a sua postura pretendem “matar ao mensageiro que traz uma má notícia pelo indecoroso de sua mensagem” (in JAKOBS/CANCIO, ob. cit., p.15), colocando-se assim em uma cômoda postura de “mensageiro” que anuncia más notícias, como se as mesmas nada tivessem que ver com sua posição como jurista, ou simplesmente como cidadão, e não tivesse nada mais o que dizer a respeito. Certamente, com minhas críticas à sua postura, não pretendo matar a nenhum mensageiro, mas sim manifestar minha total discrepância respeito a qualquer tipo de legitimação ou simpatia por um Direito penal (do inimigo ou de qualquer outro nome), que não respeite direitos fundamentais e infrinja algum princípio básico do Estado de Direito.

³⁹ Desde meus primeiros trabalhos, escritos em plena juventude e ante um “Direito penal do inimigo” como foi o Direito penal da ditadura franquista, ocupei-me de acentuar a função crítica que tem também que levar a cabo a Dogmática jurídico penal frente a normas penais claramente transgressoras de direitos fundamentais e incompatíveis com o Estado de Direito; veja-se, por exemplo, meu trabalho *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, in Strafrecht und Strafrechtsreform*, ed. Madlener/Papenfuss/Schöne, 1974, p.309 ss.; também minha *Introdução ao Direito penal cit.*, p.183 ss. Não vejo por que deve renunciar-se a essa função crítica no Estado de Direito, quando, pelas razões que sejam, algumas das normas penais emanadas do mesmo não se correspondem com seus princípios básicos. Em todo caso, inclusive por razões puramente lógicas, a coerência com a identidade de um sistema obriga a revisar, criticar e corrigir, as normas que desvalorizam ou deterioram os princípios básicos desse sistema.

liberdade”, a nenhum delinqüente (incluído o terrorista), impondo penas da prisão desproporcionadas em sua duração e incompatíveis com esse princípio. De igual modo não se pode criminalizar nenhuma ideologia ou discrepância puramente política, por mais que esteja afastada dos padrões políticos ou culturais dominantes em nossas áreas de cultura jurídica e política, quando estão dentro do amplo espectro da “freedom of speech”⁴⁰ ou da liberdade de crenças e de expressão, reconhecida na Constituição espanhola e nas Declarações internacionais de direitos humanos, sempre que se manifestem pacificamente e sem pôr em perigo nenhum bem jurídico de caráter fundamental.

Felizmente, o ano de 2004 começou na Espanha com a convocatória de umas eleições gerais que de momento paralisou o que se converteu já em uma obsessão reformista penal do Governo do Aznar e do Partido que o sustentava com sua maioria parlamentar. Provavelmente, muitas destas reformas tinham um apoio popular importante em uma sociedade cada vez mais assustada com os fantasmas da insegurança cidadã e do terrorismo; mas, o menos que se pode dizer das mesmas, é que em sua maior parte refletem o renascer de um Direito penal de marca autoritária, dificilmente compatível com o modelo de Direito penal próprio do Estado de Direito e com os princípios constitucionais nos que se apóia, sem que tampouco seja esperado por isso que a médio ou a longo prazo tenham o efeito dissuasório e preventivo que se pretende. A maioria das reformas penais havidas no Parlamento espanhol na última etapa do Governo Aznar, durante o ano de 2003 e que foram entrando em vigor bem imediatamente depois de sua publicação no Boletim Oficial do Estado, como inclusive depois de uma “*vacatio legis*” de quase um ano em 1 de outubro do 2004, não são, em definitivo, mais que a expressão de um Direito penal pensado de modo populista, com o olho posto mais nos benefícios eleitorais imediatos, que em uma melhor e mais justa solução dos problemas que atualmente afligem, como a qualquer outra sociedade

⁴⁰ Sobre os limites que oferece este direito fundamental fortemente enraizado na doutrina constitucional americana, e que se invoca continuamente pela Corte Suprema norte-americana, para resolver casos limite de discrepâncias meramente ideológicas (negar-se a saudar a bandeira, queimá-la ou queimar as cartilhas de recrutamento, atos muito freqüentes nos campus universitários norte-americanos na década dos 60 para protestar pela intervenção norte-americana no Vietnam), veja-se FLETCHER; Lealdade, Valência: 2001, tradução do Leonardo Zaibert, introdução de MUÑOZ CONDE.

moderna, à sociedade espanhola; embora neste caso, em parte pelo atentado terrorista de 11 de março de 2004 em Madrid, em parte pela desastrosa gestão de alguma catástrofe, como o naufrágio nas costas galegas do petroleiro “Prestige” e a decisão de intervir na Guerra do Iraque, contra a vontade majoritária do povo espanhol, paradoxalmente o Partido Popular sustentador das mesmas, com maioria parlamentar absoluta e, portanto, com a possibilidade de as impor sem que a oposição pudesse fazer nada para evitá-lo, perdesse as eleições gerais de 14 de março e tivesse que passar à oposição. Não deixa, entretanto, de ser surpreendente, que o Governo atual surgido dessas eleições, e que obviamente parece de um signo ideológico distinto ao que propugnou estas reformas, não tenha feito até o momento nenhuma tentativa ou sequer insinuado eliminar os preceitos mais característicos das tendências autoritárias e pouco democráticas do Governo anterior. Vê-se que as idéias de “tolerância zero” e do “Direito penal do inimigo” estão nestes momentos e, de um modo geral, bastante enraizadas na mentalidade dos governantes, sejam estes de direita ou de esquerda, e que ninguém de um lado ou de outro, está disposto a dar marcha atrás ou a corrigir o rumo decididamente empreendido para um Direito penal autoritário e pouco respeitoso com os princípios democráticos e o Estado de Direito. Maus tempos para um Direito penal liberal, garantista e de inspiração humanista, que se tinha ido introduzindo pouco a pouco e com muita dificuldade, como modelo ideal de regulação da convivência social, dos tempos de Beccaria, a Ilustração, a Revolução Francesa, a Codificação e a lenta coroação no século XX do Estado de Direito, depois de ter superado o duro transe dos governos totalitários, a Segunda guerra mundial e a Guerra Fria, e depois da esperança suscitadas, com a queda do Muro de Berlim e dos regimes autoritários da Europa do Leste, em um mundo (e em um direito penal) melhor, mais justo, humano e solidário.