

O RECURSO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO INSTRUMENTO DE COMUNICAÇÃO POLÍTICA.

Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães¹ e Themis Maria Pacheco de Carvalho²

“K. vivia num país que possuía uma constituição jurídica e onde reinava a paz; todas as leis estavam em vigor; quem poderia ousar prendê-lo em sua própria casa? Sempre tendera a encarar as coisas despreocupadamente, a acreditar no pior somente quando acontecia, a não se inquietar com o dia seguinte mesmo quando sua perspectiva fosse ameaçadora.”³

RESUMO: O presente texto tem o precípuo objetivo de alertar para o uso do Direito Penal como instrumento de manipulação política, sem comprometimento com os fins que devem vigor em um Estado Social e Democrático de Direito. Busca demonstrar que a fuga em direção a um Direito Penal do inimigo viola direitos e garantias de todos, cidadãos e “inimigos”.

PALAVRAS-CHAVES: Inimigo. Cidadão. Estado Democrático de Direito. Pena. Lei

¹ Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior Pelo UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Pesquisador do CNPq. calguimaraes@yahoo.com.br

² Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão, Diplomada em Estudos Avançados (DEA), especialista em Ciências Criminais pela UFSC e Doutoranda em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, themiscarvalho@terra.com.br

³ Kafka (1963, p. 8).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O uso político do Direito Penal; 3. Sobre um Direito Penal do inimigo; 4. O Direito Penal do inimigo e os fins da pena privativa de liberdade; 5. Conclusão.

1. Introdução:

“Não podemos viver sem preocuparmo-nos com o que ocorre ao nosso redor”⁴. Esta frase, de autoria de José Saramago, instiga todos a refletirem sobre as possibilidades de uma existência individual alheia e indiferente aos acontecimentos que, diuturnamente, nos circundam, sem, contudo, nos afetar de maneira imediata ou direta.

Entretanto, Preocuparmo-nos com o que acontece ao nosso redor é um dever de todo cidadão responsável e consciente de que não é um ser único no universo e que seus gestos resultam em conseqüências para toda a humanidade.

Locke⁵, já nos idos do século XVII, alertava para o fato de que “não é nossa obrigação neste mundo conhecer todas as coisas, mas sim aquelas que dizem respeito à conduta de nossa vida”.

Em assim sendo, para nós, operadores do direito, a preocupação com o que acontece ao nosso redor passa a ser uma imposição, uma vez que não existe alteração em qualquer aspecto da vida que não tenha reflexos no âmbito jurídico, seja no campo penal, civil, trabalhista, administrativo, constitucional, entre tantos outros que compõem o arcabouço da ordem jurídica.

A preocupação com o que acontece ao nosso redor exige – e é este o caso de todos quanto vivemos em um Estado Democrático de Direito – que tenhamos leis que sejam verdadeiramente iguais para todos, pois esta igualdade legislativa é o suporte do Estado Democrático e Social de Direito, do qual não é salutar que nos afastemos.

⁴ José Saramago em aula de encerramento dos cursos de doutorado no ano 2003 na Universidade Pablo de Olavide em Sevilha na Espanha.

⁵ Locke, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 29.

Assim sendo, imperioso que discutamos as tendências doutrinárias – já com concretos reflexos normativos, veja-se o RDD – que objetivam que uma classe de pessoas receba tratamento jurídico diferenciado, tendência esta propulsora da idéia de que uma classe de pessoas seja considerada como inimigos a serem vencidos a qualquer custo.

Esta a discussão que será levada a efeito no texto que se segue.

2. O uso político do Direito penal

A aplicação de um tratamento penal diferenciado a delinqüentes multirreincidentes ou aos autores de determinados delitos, no sentido de que tenham estes uma punição mais rigorosa, procura demonstrar ao cidadão comum a preocupação que o legislador e, por via de conseqüência, o Estado tem para com o delito ou, pelo menos, com alguns delitos que são considerados mais danosos ao convívio social.

Interessante notar, todavia, que estão sempre ausentes de tal contexto os delitos praticados por delinqüentes do “colarinho branco ou dourado”, embora sejam estes quase sempre multirreincidentes e suas conseqüências extremamente danosas à sociedade.

A aplicação mais rigorosa do Direito Penal busca demonstrar que o Estado dedica-se a combater alguns tipos de crimes e a seus autores de forma mais eficaz e grave, fazendo para tanto uso do chamado “Direito Penal do inimigo”, que deve conviver no mesmo sistema legal com um “Direito Penal do cidadão” sem, no entanto, descuidar-se do quanto pode ser proveitosa a aplicação de uma legislação penal mais rigorosa, em especial, em épocas pré-eleitorais⁶.

Em épocas pré-eleitorais podemos observar que se renovam as discussões sobre o recurso ao Direito Penal como sendo a solução para todos os

⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. ““Derecho Penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”. In: **Jueces para la Democracia**, 44, julio 2002, pp. 19-26.

males. Cria-se na sociedade uma expectativa de que leis mais rigorosas resolvem as carências sociais, trazendo tal discurso, inexoravelmente, a reboque, a absoluta ausência de propostas de políticas públicas sérias e comprometidas com o cidadão.

Desta forma, as expectativas erroneamente criadas no povo e a má-fé de alguns terminam por “se encontrar nos caminhos da atividade legislativa” gerando o que ALBRECHT chama de “*uso político do Direito penal*”⁷, o que pode resultar, segundo o mesmo autor, apenas naquilo que ele considera como sendo um instrumento de comunicação (Direito Penal simbólico).

No mesmo sentido é como entende SILVA FRANCO, que ressalta o papel da mídia, pois considera que o medo disseminado entre a população pelos meios de comunicação termina por influenciar o poder político na produção legislativa “de mais tipos penais, mais agravações de sanções punitivas, mais regimes disciplinares violentos e despropositados, como se a legislação penal tivesse o efeito mágico de resolver conflitos sociais, de reduzir a violência ou dar sossego à opinião pública”⁸.

Não é necessário nenhum grande esforço reflexivo para se concluir que quaisquer abstrações normativas necessitam de instrumentos que as concretizem, isto posto, necessário reconhecer que leis mais ou menos rigorosas não têm, por si só, o poder de aumentar ou diminuir a prática de crimes, vez que as infrações penais motivadas diretamente pela exclusão e conseqüente marginalização social não serão contidas pelo Direito Penal, porque, hodiernamente – e isto é fato incontroverso –, o ritmo de produção da miséria é muitas vezes superior ao ritmo de aprisionamento dos miseráveis.

⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. “El Derecho penal en la intervención de la política populista” In: **La insostenible situación del Derecho penal**. ROMEU CASABONA, Carlos Maria (dir.) Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 478 e 479.

⁸ SILVA FRANCO, Alberto. Prefácio da edição brasileira da obra de MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 10. Para melhor compreender a influência dos meios de comunicação na opinião pública e os apelos por mais segurança, ler também SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, 167 p. e CERVINI, Raul. “Incidencia de las <<mas media>> en la expansión del control penal en Latinoamérica”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol 5, ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 37-54.

3. Sobre um Direito penal do inimigo:

Nos dias de hoje temos visto o recurso a um uso mais intenso do Direito Penal, buscando com isto satisfazer a setores da população ansiosos por maior punição para algumas formas específicas de delinquência. Isto ocorre sempre aliado a uma redução cada vez maior de garantias e em detrimento dos fins propugnados pelo Direito Penal que deve vigor em um Estado Democrático de Direito.

Gunther Jakobs⁹, um dos maiores artífices da teoria do Direito Penal do inimigo, sustenta seus postulados afirmando que:

A vigorosa sentença, segundo a qual, nos dias de hoje, todos devem ser tratados como pessoas pelo Direito, portanto, como é de se supor, necessita de uma adição: sempre que aqueles "todos" cumpram com seus deveres, ou, em caso contrário, sempre que estejam controlados, é dizer, que não possam resultar perigosos... parece claro que há de se distinguir entre um direito postulado – com independência de que este postulado resulte mais ou menos convincente – um direito modelo, e a estrutura normativa real de uma sociedade. Aquele pode orientar no futuro, "no espírito", entretanto, somente este está a orientar no respectivo "aqui e agora".

Desta forma, podemos perceber que convivemos em um mesmo sistema penal com dois Direitos Penais, cada um deles direcionado a um tipo específico de pessoa, ou seja, um dirigido àquele que pode ser considerado não pessoa, dirigido ao inimigo, e o outro direcionado ao cidadão, que para ser considerado como tal deve se mostrar, cada vez mais, amigo do Estado, ou seja, o pressuposto da cidadania amiga é o conformismo social.

Sobre a existência de dois Direitos Penais, JAKOBS diz que Direito Penal do cidadão é aquele Direito que mantém a vigência da norma, enquanto que

⁹ JAKOBS, Günther "Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad". In: **Derecho penal del enemigo**. El discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 96.

o Direito Penal do inimigo é aquele Direito que apenas combate perigos¹⁰. O Direito Penal do inimigo tem por finalidade apenas a exclusão do meio social daquele que delinqüe reiteradamente.

Esta maneira mais rigorosa de tratar determinadas formas de delinquência tem dado origem a muitos debates doutrinários acerca de sua legitimidade. Na verdade, isto representa um cambio do Direito Penal do fato, que é o nosso, para um Direito Penal do autor, que, segundo ROXIN, "o que faz culpável aqui ao autor não é que haja cometido um delito, mas só que o autor seja 'tal' se converte em objeto de censura legal"¹¹, neste caso, o autor é o inimigo e assim se aplica a ele o "Direito Penal do inimigo".

Resta assim configurado o caráter mais punitivo do Direito Penal no qual o autor é um inimigo da paz pública e do Estado e, em assim sendo, é legal e legítimo impor-lhe uma sanção de maior rigor¹². Desse modo, avulta em importância o questionamento reiteradamente trazido ao debate por MUÑOZ CONDE: "é compatível esta distinção com o princípio de que todos somos iguais perante a lei?"¹³ Entendemos não ser.

4. O Direito penal do inimigo e os fins da pena privativa de liberdade

Seguramente que as mudanças antes mencionadas se devem, em parte, à configuração atual da sociedade que se constitui naquilo que se denomina de *sociedade do medo* o que resulta numa alteração, em muitos casos não

¹⁰ JAKOBS, Günther "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo".In: **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2003, p. 33.

¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal, parte general**. Tomo I, Fundamentos, la estructura la teoría del delito. Traducción y notas de la 2ª ed. Alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001, p. 177.

¹² GARRIDO, STANGELAN e REDONDO. **Principios de criminología**. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch p. 681, alertam para o perigo que há para os Estados democráticos em buscar formas de punir a quem não tem nem respeitam regras e que em assim sendo, costumam abusar e romper com as garantias próprias de um Estado de Direito.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. "¿Hacia un derecho penal del enemigo?". **El País**, 15.01.2003.

assumida legalmente – como é o caso brasileiro –, dos fins da pena privativa de liberdade¹⁴.

O pânico gerado na opinião pública em razão de determinadas formas de violência criminal, acarreta uma paulatina mudança na percepção dos fins das penas, passando-se, assim, de um sistema pautado na prevenção especial positiva, cuja punição deve ter preocupação com o futuro do infrator, para uma pena com fins de prevenção especial negativa, sem outro objetivo que não a segregação seletiva dos autores de determinados delitos, de alguns delinquentes que são previamente demonizados ou mesmo, de autores de delitos cuja persecução e/ou condenação possa ser política ou socialmente interessante em determinadas épocas e contexto social¹⁵.

E é exatamente em tal ponto que há o encontro entre a teoria da pena e o Direito Penal do inimigo, vez que com a completa falência dos sistemas penitenciários mundo afora, aquilo que não é nem pode ser, tem que parecer.

Busca-se, então, supedaneados pela função da pena pautada na reafirmação do valor da norma – algo absolutamente simbólico, diga-se de passagem –, na prevenção geral positiva, um possível reconhecimento por parte da opinião pública de algo está sendo feito na esfera da segurança pública.

Entretanto, questiona-se: que efeitos podem ser gerados em sede de segurança pública, uma política criminal voltada a segregar determinados delinquentes, os inimigos, a condenações de longa duração, a falta de garantias, a incomunicabilidade?

Com toda certeza, nem os selecionados, nem os que ainda não o foram deixarão de delinquir em virtude de um possível tratamento penal mais

¹⁴ Sobre funções declaradas e ocultas da pena, cfr. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 350 p.

¹⁵ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 80-92. O autor refere-se ao modelo de política criminal baseada na gestão dos riscos, segundo este modelo o Estado deixa de preocupar-se com a inclusão social de um conjunto de indivíduos e de setores sociais para apenas excluir determinadas pessoas da sociedade, usando para tanto uma visão de gestão empresarial que busca segurança cidadã a um menor custo possível. Segundo esse modelo o crime é um fenômeno social normal que o Estado não tem condições de derrotar.

gravoso. Todos quantos delinqüem contam com a possibilidade de não serem descobertos, contam com a impunidade; com essa esperança - que em muitos casos se configura numa certeza - agem tanto o traficante, o terrorista (inimigos), quanto o administrador corrupto (não é considerado inimigo) que se apropria das verbas públicas, que frauda licitações, que deixa crianças sem escolas levando-as ao crime, que abandona os doentes nos hospitais relegados a própria sorte, e até mesmo o descuidista.

5. Conclusão

O que faz legítima a intervenção do Direito Penal não é o sentimento de vingança, mas sim, a manutenção da ordem social, e para que a paz social seja legítima e perdure é imperativo a existência de políticas públicas que tenham por fim a prevenção da criminalidade, isto é, que tenham por fim impedir que o crime ocorra.

Imperioso que se reforce o entendimento de que o Direito Penal, assim como todos os outros ramos jurídicos, são produtos da cultura humana e, portanto, passíveis de controle. Não se trata, pois, o Direito punitivo de produto da natureza, no qual o homem tem pouco ou nenhum poder de gestão.

Tratar o autor de certos delitos como inimigo é legitimar a existência de um Direito Penal de emergência, com vigência excepcional e aplicação diferenciada, tal prática rompe com os fundamentos de um Direito Penal garantista vigente no Estado Social e Democrático de Direito que é a forma do Estado Brasileiro.

Em definitivo, toda e qualquer mudança operada em sede de direito punitivo e que tenha por objeto a flexibilização, relativização ou destruição das garantias históricas que permeiam o Direito Penal liberal, mínimo e garantista tem, como verdadeiro objetivo, ainda que não declarado, controlar através da repressão as conseqüências espúrias que inexoravelmente advém das atuais gestões política e econômica do Estado contemporâneo.

BIBLIOGRAFIA

- ALBRECHT, Peter-Alexis. "El Derecho penal en la intervención de la política populista" In: **La insostenible situación del Derecho penal**. ROMEU CASABONA, Carlos Maria (dir.) Granada: Editorial Comares, 2000, p. 471-488
- BENLLOCH PETIT, Guillermo. "El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad". **Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales**, Tomo LIV, 2001, pp. 175-227.
- BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel; **Política Criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, 292 p.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho Penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000" en **Jueces para la Democracia**, 44, julio 2002, Madrid: pp. 19-26
- CERVINI, Raul. Incidencia de las mas media en la expansión del control penal en Latinoamérica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol 5, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 37-54.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 766 p.
- GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago. **Principios de criminología**, 2 ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 934 p.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 350 p.
- JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ, MANUEL. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2003,102 p.
- JAKOBS, Günther "Derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad". In: **Derecho penal del enemigo**. El discurso penal de la eclusión. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 93-116.
- KAFKA, Franz. **O processo**. Rio de Janeiro: Círculo do Livro, 1963, 279 p.
- Locke, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 124 p.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 6. ed, Barcelona: Ed. Reppertor, 2002, 761 p.
- _____. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1982, 108 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "¿Hacia un Derecho Penal del enemigo?". **El País**, edição de 15.01.2003.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas da 2 ed. Alemã Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 2001, 1069 p.

SILVA FRANCO, Alberto. Prefácio da edição brasileira da obra de MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp 5-11.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, 167 p.