O estrangeiro, o inimigo e o Direito Penal

Por André R. C. Fontes



André Fontes é Desembargador federal, mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e doutor em Ciências, em História das Ciências, das Técnicas e Epistemologia (UFRJ). Entre outras instituições de ensino, é professor da graduação em Direito e da pós-graduação lato sensu da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Além disso, tem vasta produção de literatura técnica publicada, como o livro "A pretensão como situação jurídica subjetiva" - Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

O curso do desenvolvimento das relações entre os povos seguiu longos caminhos. A peculiaridade de cada etapa pode ser medida de várias maneiras. Uma delas, certamente, seria pela recepção dos estrangeiros, nos respectivos territórios nacionais.

Influenciados pela ideia de grupo e, amiúde, pelo não reconhecimento de outros, como um de seus pares, as desavenças marcaram a história humana. Primeiro entre nômades, depois entre nômades e sedentários, e depois entre os sedentários. Noutra perspectiva, entre os sedentários agricultores e pastores – afinal o pasto organizado dos cultivadores seria o ambiente perfeito para os rebanhos. O certo é que as guerras eram plenamente reconhecidas e, nos mais variados períodos, não se conseguiu estabelecer qualquer diferença entre guerreiros e população civil.

Nas transformações dos acontecimentos, os estrangeiros foram passados, inicialmente, pelo fio das lanças e espadas dos soldados, para, em algum momento, tornarem-se prisioneiros convertidos em escravos. Entre um período e outro, um longo tempo correu, e igualmente um substancial aporte humanista, em favor da vida, justificou a utilidade

da mão de obra dos vencidos, sob o argumento de que a morte não poderia ser o único objetivo da guerra. Por detrás das novas ideias, aquelas que eram marcadas pelos saques e violações, e que tinham muitos dos feridos, enfermos e incapazes abandonados à sua própria sorte, eram subjugados e integrados, na economia da época, ao que chamamos hoje de despojos de guerra.

O passo do homem às regras da civilidade ainda segue com sobressaltos, mas, ao emergir as formas de reconhecimento da intangibilidade da pessoa humana, seja pelas leis dos Estados, seja pelas práticas internacionais, descobre-se, de um modo evidente, em todos nós, o sentimento de que o ser humano é o centro da racionalidade. É o que torna a liberdade, a integridade física e a dignidade da pessoa humana verdadeiros marcos, para os quais concentram-se o enorme complexo de todo o conjunto de categorias e conceitos da atualidade.

Ao estender-se o conhecimento dos direitos do homem, na ética e no direito dos Estados, as sociedades cercam-se de leis mais gerais para atender o desenvolvimento da personalidade do homem, e de sua capacidade mínima de comer, beber, vestir-se e habitar, e depois fazer política, ciência, arte, religião e todas as formas particulares de melhor atender suas necessidades, sem que essas premissas se circunscrevam ao seu aspecto estritamente individual.

Numerosas são as escolas de pensamento, concepções e tendências para prover o homem dos meios necessários à sua sobrevivência. Os fatores sócio-econômicos serão determinantes para definirmos muitas ou todas essas questões. A linha fundamental que domina os movimentos de instinto e de solidariedade vai do direito à justiça, ou da ética à humanidade.

O tempo das garantias da inviolabilidade do homem, dos conceitos jurídicos que as acompanham e dos regimes legais que impõem a sua proteção inclui concepções que estão submetidas à ideia de que aos Estados se impõe a exigência de tutela pelo direito. E uma das formas de atuação protetora da pessoa humana é o Direito Penal.

A ideia do Direito Penal como instrumento de conciliação dos interesses na sociedade antagônica não é nova, e nunca deixou de ser praticada. O Direito Penal concentra no seu campo de proteção aquilo que é mais caro à sociedade, seus interesses mais sensíveis, seus bens mais expressivos.

Desde os primeiros momentos da fase mais intensa e atual da globalização, afloraram certos conflitos culturais que se manifestam de maneira mais clara e direta na forma de racismo e xenofobia. A integração do estrangeiro aos países de destino resulta em embates, de um lado por numerosos problemas de convivência, mas, por outro, resultam da origem, etnia, condição física ou mental ou mesmo da fé professada.

"Uma das formas de atuação protetora da pessoa humana é o Direito Penal"

Nas condições do fenômeno da globalização e da expansão multiculturalista, a afluência de imigrantes estrangeiros inicia uma nova versão de hostilidade, a que indagamos se não seria num retorno aos tempos da relação de inimigo.

A raiz de uma ação do Estado, fundada na condição de estrangeiro, marcado por características que venham a identificar com um grupo, de torná-lo pessoa perigosa, alguém que, presumidamente, se afasta da forma permanente de agir em consonância com o direito, ou mesmo que se comportará certamente de modo fiel à vida em sociedade é uma questão central e particularmente sensível aos povos modernos.

Encontramos na literatura especializada uma espécie de certidão de batismo de todos os acontecimentos relacionados ao chamado Direito Penal do inimigo: o ataque às torres gêmeas, em Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001. Se se configura como manifestações de Direito Penal do inimigo uma reação prévia àquele indivíduo que não pode ver-se admitido no estado de cidadania, o marco histórico de sua aplicação se vê há muito manifestado. Seriam exemplos a morte de uigures pela República Popular da China, de adeptos da seita Baha'i na República Islâmica do Irã, em regimes autoritários, e mesmo por democracias reconhecidas, como os Estados Unidos da América no assassinato preventivo de muçulmanos, e de palestinos pelo Estado de Israel.

> **"O agente não é punido de acordo com a culpabilidade, mas, sim, devido a sua periculosidade"**

Parte considerável dos autores estabelece critérios já bem definidos do que poderiam ser as características do Direito Penal do inimigo e, dentre as mais importantes, encontramos a ideia de que a punição não seria um posterius do crime, mas uma atitude preventiva, uma medida de segurança. O agente não é punido de acordo com a culpabilidade, mas, sim, devido a sua periculosidade. É que toda medida contra um inimigo é sempre preventiva, dirigida ao perigo futuro, in potentia, e não como actum. Essa prospectiva visionária talvez seja a mais marcante das características, porque ao combater o perigo, adianta-se ao que seria uma reação certeira aos indiscutíveis crimes que serão praticados, e que justificam uma pronta reação, porque é o que se espera do sujeito perigoso que exteriorizará o fato punível, e que, portanto, exige uma intensa e desproporcional atitude do Estado, uma atitude preventiva, tal como se faz com o inimigo, porque de inimigo se trata!

Esses indivíduos representam um perigo para o Estado, porque certamente agirão in actu em algum tempo, mesmo que não tenham ainda delinquido. Espera-se que o agente aja, porque dele nenhuma garantia haverá de que outro comportamento se espera. Dessa forma, deve-se tomar a guerra como paradigma, de modo que o agente, como um inimigo, jamais se conduzirá como pessoa que atua com fidúcia e boa-fé, mas, sim, será fonte de perigo, a fonte de perigo suprema e que se deve evitar.

Ao examinarmos criticamente as premissas do Direito Penal do inimigo não encontramos nenhuma novidade se considerarmos a experiência autoritária em nosso país. A busca de uma legitimação política para atos violentos, a agressão, tortura e outros abusos como forma de combater o terrorismo justificou a famigerada doutrina da segurança nacional, que a ditadura militar utilizou como fonte de todos os atentados contra o povo brasileiro, é o melhor exemplo.

O traço característico dado a todo aquele que era contrário ao governo que os militares conspiradores criaram com o golpe militar de 1964 era o de inimigo do Estado. E eram chamados de subversivos, comunistas, vermelhos, e terroristas, dentre outros, porque se recusavam a se submeter ao governo constituído. Eram nomes ou termos que os enquadravam de forma genérica e indistintamente na qualidade de "marxistas", como, aliás, ocorreu com Rafael Trujillo, na República Dominicana, com grupos de defesa de direitos humanos (são exemplo As mariposas), como também na Argentina, no Uruguai, no Chile, no Paraguai, na Nicarágua, e como o fez, igualmente, Adolf Hitler ao identificar o marxismo com toda forma de subversão e, para isso, valer-se de associações religiosas ou fraternidades, como, por exemplo, o judaísmo e a maçonaria. Os países comunistas, por sua vez, justificam as suas agressões como reação aos agentes do capitalismo. Pois bem, o tratamento dispensado a todo dissidente da ditadura militar brasileira era o de agente subversivo, similar ao que hoje lemos ser classificado pelos EUA de combatentes inimigos, daí mencionarmos a experiência nacional dessa forma de atuação do Estado.

> **"Os países comunistas, por sua vez, justificam as suas agressões como reação aos agentes do capitalismo"**

A esses que discordavam da ditadura militar atribuía-se a condição de inimigos internos, aos quais deveriam ser submetidos a um regime de guerra, de guerra interna, porque sua condição de terroristas os qualificava como destinatários de uma estratégia de guerra. Não obstante agirem em segredo, em quartos de tortura, ignorados pela opinião pública e veementemente negados pelo governo e pelos políticos a ele ligados, os inimigos do Estado eram retirados das suas casas, do seu trabalho, das ruas e de outros locais em que viviam e submetidos às diretivas que os manuais de tortura, dentre os quais disseminados pela Agência Central de Inteligência dos EUA, que divulgados internamente, e mais tarde aos países vizinhos do Brasil,que também sofreram golpes militares. Em todos eles, o tratamento dessas pessoas como inimigos, redundou em qualificá-los como não-pessoas, tal como hoje impõe o Direito Penal do inimigo.

Nas condições em que empregavam suas ações ignominiosas e violentas, não exitavam em escolher suas vítimas, sem muita informação ou critério. São conhecidos os casos de pessoas mortas por engano, ou porque supostamente sabiam onde se encontravam aqueles que eram perseguidos pelas forças de segurança. Ainda hoje, as dificuldades de identificação do local de destino ou mesmo do próprio cadáver constituem a tônica desses acontecimentos. Sempre que questionados a respeito do uso indevido das Forças Armadas contra um nacional durante a ditadura, o argumento é de estavam todos militarmente unidos contra o governo constituído. E nenhum parlamentar ou mesmo o Presidente da República, o Comandante-chefe das For-

ças Armadas do Brasil, após a Constituição de 1988, eleito democraticamente, conseguiu reverter esse estado de coisas.

Cumpre assinalar que essa oposição do bem e do mal que justifica as ações violentas do Estado são simplificações da figura do inimigo, e que segue o que chamaríamos de modelo de oposição amigo-inimigo concebido pelo jurista, politólogo e filósofo alemão Carl Schmitt, que associava o raciocínio de guerra (amigo-inimigo) ao seu modelo político, tanto nas relações internacionais, como nas relações internas.

"A fórmula do Direito Penal do inimigo insere no Direito Penal figuras estranhas ao seu aperfeiçoamento, e vias que se afastam de sua essência interna e do conhecimento das suas multifacetárias propriedades e relações"

Deve-se ter em conta que, no presente, em nome da emergência, da dissolução do Estado de Direito, do medo que assola a população, a fórmula do tratamento criminal como inimigo seja acompanhada da privação das garantias constitucionais dos réus ou da negação das convenções de guerra, como a de Genebra. A despeito de sua manifesta inconstitucionalidade, por violar os princípios jurídicos norteadores da ação do Estado, que deve obediência às leis e à Constituição, a fórmula do Direito Penal do inimigo insere no Direito Penal figuras estranhas ao seu aperfeiçoamento, e vias que se afastam de sua essência interna e do conhecimento das suas multifacetárias propriedades e relações. A decisão complexa e difícil de identificar quem é o inimigo é uma dessas perplexidades.

O regime do Direito Penal do inimigo se vale de instrumentos mais próximos ao Direito Penal tradicionalmente reconhecido, denominado, por contraposição, de Direito Penal do cidadão, e que atua por meio de formas mais razoáveis e proporcionais, que não aparentam estar associadas à figura do Direito Penal do inimigo. São algumas delas, por exemplo, a descrição vaga dos crimes e uma flexibilização do agravamento das penas, a criminalização de condutas sem um interesse ou bem jurídico definido, a redução dos direitos dos acusados e das suas garantias processuais, bem como o abuso da tutela penal cautelar.

Ao nos referirmos à redução dos direitos dos acusados e às suas garantias, são-lhe inerentes todas as formas que o Estado empregue para impedir que o sujeito pratique crimes fora do cárcere, e estar fora do cárcere é algo que não deve ocorrer. E enquanto estiver preso, ou eliminado, haverá a prevenção dos delitos que ele poderia praticar. É dessa forma que o perigo será eliminado, pelo maior tempo possível.

O dinamismo de nosso tempo carece de precedentes na história da humanidade. E a torrente de movimentação do homem não encontra paralelo na civilização. A grandiosa transformação ocorrida em todas as esferas da vida humana, as mudanças incessantes do mapa político do mundo, fazem com que as forças sociais alterem-se extraordinária e profundamente. E as relações entre povos e pessoas chocam-se pelas mais diversas e contraditórias opiniões. Os problemas gerados por essas relações atingem particulares significados. Para se fazer uma apreciação correta e exata de todas essas considerações, e dar uma resposta a todos os complexos problemas na luta entre as

diferentes pessoas, é que surge um rótulo político, ou uma instituição jurídica sensacionalista: o Direito Penal do inimigo.

A oposição manifesta e atual de vínculos multiformes e complexos que entrelaçam ideais e teorias faz com que, a essência do denominado Direito Penal do inimigo sejam as minorias. A despeito de vivermos num ambiente de diversidade cultural, com a afirmação das chamadas identidades coletivas, do ponto de vista penal pode-se suscitar uma única questão: a da vulnerabilidade de certas formas de identidade humana.

A complexidade das relações sociais modernas tem nos levado a concluir que um direito geral à tolerância entre os povos e culturas seria a prima ratio da convivência e da civilidade. Prescrições jurídicas que culminem na reação à cultura e à religião de cada indivíduo são categorias no Direito Penal do inimigo inerentes à culpabilidade, de forma a alcançar todo aquele culturalmente estranho à certa convivência.

Uma afirmação em torno da culpabilidade é aqui feita como juízo de reprovação pessoal e individual na fórmula de um dado ordenamento jurídico contra o autor de um fato típico e ilícito. Um caráter formal, que certamente pouco nos explicará acerca dos fundamentos e das condições do juízo de reprovação.

"A essência do Direito Penal do inimigo nas sociedades ocidentais é o estrangeiro, especialmente aquele que, por fatores sócio-culturais ou étnico-religiosos, venham a ser considerados, grosseira e caricaturalmente, estranhos ao grupo"

A substituição de penas privativas de liberdade por medidas de segurança de expulsão, a proibição de entrada no território nacional ou medidas de internação constituem outras formas de atuação, estabelecidas no Estado como maneira de desencadear um poder punitivo dominante, voltado a proteger a sociedade daquele que seria o inimigo herético e incontrolável. E a única maneira aceitável num Estado democrático de Direito, de um Estado que se conduz por leis, agir contra aqueles que não são reconhecidos como cidadãos, que não vivem em regime de civilidade, é aplicar-lhes um Direito Penal diferenciado, o do inimigo.

O estrangeiro talvez seja o mais característico alvo nas democracias ocidentais desse pretenso Direito Penal, que nega e contradiz toda a evolução do pensamento repressivo. É que, uma vez radicado nesses países, agrupam-se e formam-se as conhecidas minorias, não obstante protegidas e integradas formalmente como nacionais e cidadãos. A essência do Direito Penal do inimigo nas sociedades ocidentais é o estrangeiro, especialmente aquele que, por fatores sócio-culturais ou étnico-religiosos, venham a ser considerados, grosseira e caricaturalmente, estranhos ao grupo. O uso de chapéu, solidéu, túnicas ou véu são bons exemplos disso.

Dada a heterogeneidade marcante nos países ocidentais, encontramos neles mesmos, entre seus nacionais, figuras tradicionalmente sujeitas a um Direito Penal voltado para aniquilar o inimigo. Entretanto, nas democracias, as lutas internas entre minorias e governos converteram-se em novas formas de movimentos de transformação social, e a maneira como resolvem suas questões tornou-se cada vez mais

política e civilizada. É o caso das leis raciais nos EUA, das leis contra a população aborígene da Austrália e das questões indígenas no Brasil.

Os principais campos de incidência do Direito Penal do inimigo seriam, em princípio, os países autoritários. Todavia, o papel do Direito Penal nesses países é secundário, transferindo-se das leis para as autoridades, geralmente no comando das forças de segurança, os mesmos objetivos de exclusão e eliminação dos inimigos do Estado a que se propõe o Direito Penal do inimigo. São exemplos o Sudão, a Somália e o Zimbábue.

São os países desenvolvidos os que aumentam o rol dos usuários do Direito Penal do inimigo, nas suas mais variadas formas. O acréscimo das excentricidades deriva da criatividade justamente de povos cultos e amadurecidos. A supremacia interna do poder do Estado, e a vitória das formas coercitivas sobre grupos de dissidentes e minorias constituem fórmulas que, se algum dia representaram uma expressão arcaica ou embrionária do Direito Penal do inimigo no território do país, hoje constituem a maneira suprema de agressão contra os grupos de fora. Nos EUA, a vitória nas "guerras" contra os povos indígenas e no Brasil, a "guerra" contra os dissidentes no período da ditadura militar são evidências de afirmações de verdade não muito difíceis de estabelecer na formação e prognósticos do Direito Penal do inimigo. A prática histórica e social de outras épocas confirma integralmente a veracidade das afirmações do Direito Penal do inimigo. Na contemporaneidade, não é a força contra esses grupos que determina a verdade, como de fato na época ocorreu, na filosofia de agressão do Direito Penal do inimigo é a sua verdade que determina a força!

"A prisão de brasileiros no Suriname e no Paraguai obedece a regras diferenciadas daquelas aplicadas aos seus nacionais"

Os brasileiros não ficam de fora desse contexto, nem mesmo como vítimas. E não citaremos a morte de Jean Charles de Menezes na Inglaterra, ou de Roberto Laudísio Curti, na Austrália, que por si só, expressariam o lado externo do Direito Penal do inimigo. A estrutura de alguns dos países vizinhos ao Brasil já registra um Direito Penal voltado para os brasileiros, e que não é dirigido aos seus nacionais. Dois exemplos são marcantes: o Suriname e o Paraguai.

A prisão de brasileiros no Suriname e no Paraguai obedece a regras diferenciadas daquelas aplicadas aos seus nacionais. A Bolívia parece seguir o mesmo caminho, ao dar tratamento injusto aos agricultores brasileiros, especialmente nos departamentos fronteiriços com o Brasil. No espectro de prisioneiros com ou sem julgamento encarcerados nos dois primeiros países mencionados, ou seja, Suriname e Paraguai, figuram os brasileiros em maior número. E a intervenção do Ministério das Relações Exteriores e, também da Seção do Paraná, da Ordem dos Advogados do Brasil, relativamente aos presos no Paraguai, não têm sido suficiente para afastar os desvios aceitáveis que diferem a lei penal de um país para outro, a despeito de toda ajuda econômica e cooperação oferecida pelo Brasil.

A direção que se dá ao Direito Penal do inimigo é sempre variada, mas se consideramos a seletividade que lhe é própria, e que pretensamente visa a resguardar o status de cada povo, eliminam-se

os indesejados e ampliam-se os campos de segurança preventiva, por meio do Direito Penal. A infinita manifestação do Direito Penal do inimigo encontra, no nosso tempo e no espaço dito ocidental, a figura do estrangeiro; o estrangeiro como principal destinatário. É indispensável considerar o estrangeiro como o principal destinatário, porque é isso que supostamente contribui para uma espécie de coesão dos grupos dominantes, em uma só comunidade.

Tudo isso prescreve o lugar especial e o significado do problema do componente orgânico ou das partes integrantes do Direito Penal do inimigo na legislação de cada país. Precisamente a essência das suas premissas, como concepção jurídica e política do Direito Penal, a despeito, e além de atentar contra as teses, os princípios, a expressão verdadeira da natureza do homem, do Estado e de toda a civilização moderna e de suas leis de desenvolvimento, o Direito Penal do inimigo não é portador de razão, ou de verdade, mas, sim de uma grande frustração. Não é uma solução, mas uma daquelas profecias milagrosas que mais seriam rotuladas como fábulas do que uma forma de visão ou base da correta predicção do futuro.

É sobre a base dessas palavras, contrárias ao Direito Penal do inimigo, que podemos assinalar um fenômeno jurídico aparentemente novo em certa medida e falsamente característico para o estado de espírito da sociedade contemporânea. Na verdade, como toda forma de legitimar a agressão e violência, o Direito Penal do inimigo não é novo, e como tudo que viola as bases da dignidade humana não pode ser característico da sociedade moderna.

"O nosso percurso histórico serviu para aperfeiçoar o Direito, e em especial, o Direito Penal, cuja prática analisa e sintetiza toda objetividade do processo civilizatório"

O nosso percurso histórico serviu para aperfeiçoar o Direito, e em especial, o Direito Penal, cuja prática analisa e sintetiza toda objetividade do processo civilizatório. E nesse mesmo plano de ideias devemos lembrar que a luta contra os que atentam contra a sociedade organizada pelo uso do terror não pode significar um medo ante a verdade a ser enfrentada, a verdade que ameaça o poder, tampouco a criação de um poder que ameace a verdade.

A verdadeira compreensão do complexo labiríntico do processo de conhecimento do mundo implica verificar as verdadeiras e efetivas vias que conduzem a revelação da essência interna das coisas, e ao descobrimento das leis do movimento e aperfeiçoamento do homem. A luz que ilumina o conhecimento das leis e a prática como um importante fator do progresso são as forças poderosas que convertem poder em ação nos objetivos mais profundos da humanidade, e no qual o ser humano encontra-se na sua parte mais central.

Medidas encaminhadas ao direito para superar a diversidade e o multiculturalismo, realizadas sobre a base de um direito repressivo, que parece retomar a ideia de controle da fé da idade média, da degeneração da raça do nazismo ou do mais puro inimigo, o estrangeiro, ou seja, o que não é do grupo ou da comunidade, e que sofre os efeitos do direito punitivo aniquilador, aproximam-se, cada vez mais, daquilo que um dia existiu, e que foi a única ordem vigente, a de que o inimigo é o estrangeiro.