



Fernando Rabello

O PRESO COMO INIMIGO: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa

THE PRISONER AS ENEMY: the annihilation of others through communicative suppression

Paulo César Busato

RESUMO

Analisa as razões de o condenado vir sendo tratado como inimigo e como isto traduz um Direito Penal de autor, comentando o suporte teórico, desde posturas funcionalistas sistêmicas a um perfil discriminatório do sistema penal.

Demonstra como este perfil tem estreita relação com um modelo sociológico e até mesmo jurídico, dual, que induz ao maniqueísmo, e apresenta conclusões sobre as consequências de tal identificação.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; dualismo; inimigo; condenado; filosofia da linguagem.

ABSTRACT

The author assesses the reasons why convicts have been treated like enemies and how it translates into an offender-based criminal law. He comments on the theoretical support, from systemic functional views to a discriminatory profile of the criminal system.

He shows in which way that profile bears a close relationship with a sociological, even legal, dual, paradigm leading to manichaeism, and draws some conclusions about the consequences of such identification.

KEYWORDS

Criminal Law; dualism; enemy; convict/prisoner; philosophy of language.

1 INTRODUÇÃO

Estudos históricos e sociológicos recentes¹ apontam que a humanidade tem permanentemente mantido um grupo de pessoas à margem da participação social. Aos membros deste grupo é destinada uma identificação com uma espécie de culpa atávica pelo sofrimento próprio, que conduz à qualificação de *inimigo*.

A figura do inimigo está sempre associada ao outro, ao que não sou eu, àquele que, por razões diversas, se pretende ver excluído do plano de vida, como fórmula de aplacar os temores que se tem.

O que se pretende destacar no presente estudo é o fato de que o medo tem crescido exponencialmente na modernidade reflexiva², sendo que, para aplacá-lo, cada vez mais tem sido convidado o Direito Penal, cuja resposta é direcionada à rotulagem do condenado como inimigo, determinando-se a compressão máxima do seu espaço, como fórmula de exclusão.

Pretende-se concluir que é a própria dinâmica dual de antinomias na identificação do inimigo o que produz e reproduz o medo, sem que se resolva a questão, razão pela qual a superação da dualidade por meio da inclusão do outro, pela via da interação holística proposta pela filosofia da linguagem, deve também estar inserta no modelo político-criminal, como fórmula de ajuste do sistema punitivo, para a produção de melhores resultados sociológicos.

2 O OUTRO COMO INIMIGO: UM PANORAMA SOCIAL

As atividades cotidianas da sociedade, cada vez mais, se veem associadas a um padrão elevado de riscos que fogem ao controle daquele que se arrisca³. Não há dúvida nenhuma de que no período medieval, por exemplo, uma pessoa estava muito mais exposta a doenças, à violência e toda a sorte de percalços que levavam a uma vida de sobressaltos e dificuldades. Em resumo, havia mais perigo, entendido como problema derivado de situações que não englobam como regra, uma decisão humana⁴.

96

A distância para com as fontes de risco gera uma falsa sensação de insegurança, que faz com que o homem comum migre em busca de uma segurança que deve, no mundo institucionalizado em relações político-jurídicas, ser fornecida pelo Estado.

Por outro lado, a comodidade de nossos dias, em movermo-nos em automóveis e utilizar energia elétrica e telefones celulares, implica riscos de funcionamento das usinas nucleares ou termoelétricas, nas enormes cifras de acidentes de trânsito e do depósito altamente contaminante das baterias dos telefones. Em resumo, estamos expostos mais permanentemente a riscos, que são problemas derivados de decisões humanas. A verdade é que nossa média de sobrevivência é muito superior à do homem medieval, mas também é verdade que temos muito menos percepção das fontes de risco⁵.

A distância para com as fontes de risco gera uma falsa sensação de insegurança⁶, que faz com que o homem comum migre em busca de uma segurança que deve, no mundo insti-

tucionalizado em relações político-jurídicas, ser fornecida pelo Estado. As pessoas, insufladas por uma insegurança social permanente, pedem pela intervenção do Estado, para que tal insegurança seja aplacada.

O Estado goza de um vasto instrumental político de intervenção social. Entre os vários mecanismos de que dispõe, o mais interventivo, o mais grave e, ao mesmo tempo, o de maior dimensão simbólica, é o Direito Penal. O que de mais interventivo dispõe um Estado senão o Direito Penal, afinal, é com ele que se suprime a liberdade.

O instrumental jurídico penal é posto em cena para responder à insegurança, porém, seu funcionamento natural ocorre em um perfil dual de identificação, rotulação e exclusão daquele que, teoricamente, agiu em contraposição aos ditames que interessam à sociedade.

O discurso público com que o Estado responde à ansia por segurança justifica um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinquente, **convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social**, transformando-se de um Direito Penal do risco em um Direito Penal do inimigo⁷. E, no afã de alcançar este objetivo inatingível de paladino do controle da violência, o Direito Penal *tem deixado cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas*⁸.

3 O INIMIGO COMO PRODUTO DA DUALIDADE

O funcionamento do sistema penal dá-se justamente pela estruturação de mecanismos que permitam identificar e neutralizar um desvio de conduta socialmente indesejado. Nesse processo, ocorre a identificação e necessária imposição do estigma de criminoso a determinado sujeito.

Esta postura corresponde diretamente a – e até quicá derive de – uma fórmula de comportamento social repetitiva, tendencialmente maniqueísta, de divisão dual de todas as relações que passam pelas categorias morais (bom e mau), estéticas (belo e feio), históricas (ficção e verdade), de conteúdo (interno e externo) e filosóficas (ideal e real), que conduz a uma idêntica fórmula de tratamento sociológico humano (turistas e vagabundos; cidadãos e inimigos)⁹.

O Direito Penal, que também responde ao compasso binário (ação e omissão; culpa e dolo; antijuridicidade e culpabilidade; tentativa e consumação; autor e partícipe) especialmente em sua vertente penitenciária, realiza uma função diretamente associada à marcação deste compasso binário, identificando o condenado com o rótulo de inimigo, por meio dos processos de etiquetamento¹⁰.

Este processo de etiquetamento hoje goza do suporte de determinadas teorias de base que dispendem sensível esforço em disseminá-lo.

Assim ocorre, por exemplo, com as ideias do Prof. Günther Jakobs, que reconhece a legitimidade do Estado para – em alguns casos – deixar de considerar o delinquente como “pessoa” para tratá-lo como inimigo. A divisão conceitual entre amigo e inimigo, dedicando a este último a grosseira intervenção jurídico-penal, é que causa o problema.

O Prof. Jakobs¹¹ parte do reconhecimento como fato concreto da realidade moderna que muitas normas penais

se revestem da característica de uma reação de combate a um inimigo. Esta perspectiva faz com que o legislador reaja contra o “estado de vida” do autor do delito, como se sua maneira de viver representasse uma ameaça permanente ao próprio Estado¹².

Jakobs defende que, na medida em que o autor, por exemplo, de um delito de terrorismo, não admite submeter-se à ideia de Estado, o que ele pretende é a *manutenção de um estado de natureza* que não é admissível. Com isso, a *necessidade de reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano*. (JAKOBS, 2003, p. 40-41).

A partir dessa ideia, esse autor (2003, p. 41-42) considera que se *deve inquirir se a fixação estrita e exclusiva nas categorias do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada*.

Jakobs (2003, p. 41-42) entende que a crítica permanente que se faz ao processo de expansão e a crescente violência da legislação penal deriva de uma confusão entre duas categorias distintas: a do cidadão e a do inimigo. *Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquente cidadão não deve se assustar se os conceitos de “guerra” e “processo penal” se mesclam*. Abre-se, então, ainda segundo Jakobs (2003, p. 47-48), a possibilidade de tratamento diferenciado entre o inimigo e o cidadão.

Propõe Jakobs (2003, p. 42) que, para a preservação do Direito Penal do cidadão, é necessário *chamar de outro modo aquilo que se deve fazer contra os terroristas se não se quiser sucumbir, ou seja, isto deveria chamar-se Direito Penal do inimigo, guerra refreada. Trata-se de legitimar, no âmbito do Estado, como única forma de preservação do cidadão, uma categoria de “não cidadãos” de “não pessoas”, definitivamente, de “inimigos”*¹³.

Com isso, propõe Jakobs que *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. Ele entende que deve ser estabelecida uma diferença também a respeito da reação penal, sendo que enquanto ao cidadão se ameaça com uma pena, *o inimigo é excluído*. (JAKOBS, 2003, p. 56)

Nesta perspectiva, esse autor aproxima-se claramente do conceito de inimigo de Carl Schmitt, qual seja, o **inimigo total**, a quem se nega a própria medida do “ser”.

O funcionamento do sistema penal dá-se justamente pela estruturação de mecanismos que permitam identificar e neutralizar um desvio de conduta socialmente indesejado. Nesse processo, ocorre a identificação e necessária imposição do estigma de criminoso a determinado sujeito.

É curioso notar como a postura en- contra adequação perfeita com a exposição de motivos redigida por Edmund Mezger para o projeto de lei para o tratamento de “Estranhos à Comunidade” que ele enviou ao governo nacional socialista em 1943: *No futuro, haverá dois (ou mais) Direitos penais:*

– *Um Direito penal para a generalidade (no qual em essência seguirão vigentes os princípios que vigeram até agora), e;*

– *Um Direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência. O decisivo é em que grupo se deve incluir a pessoa em questão...Uma vez que se realize a inclusão, o “Direito especial” (ou seja, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicado sem limites. E desde este momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas [...] Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente novidade (estar na nova Ordem, nela reside um “novo começo”).* (MUÑOZ CONDE, 2006, p. 2552-2553)

Resulta óbvia aqui a retórica do medo. As dificuldades contemporâneas de convívio com o risco geraram uma atitude de identificação da alteridade, da diferença, com o **risco**, personificando na figura do **inimigo** o risco de fonte desconhecida, da vida social (PRITTWITZ, 2004, p. 32).

A adoção desta perspectiva seria equivalente a institucionalizar a diferença de tratamento entre o “cidadão” e o

“inimigo”. De um lado, reduzindo a nada a pouca efetividade prática que até hoje se conseguiu para o princípio da igualdade, e por outro, legitimando o Estado a escolher o perfil dos “inimigos” de plantão. Aparece a sinistra possibilidade de dizer se a classificação como “inimigo” deriva de sua condição de terrorista, de membro de uma quadrilha criminosa, de sua preferência religiosa, de sua raça ou sua condição social, quaisquer das con-

dições que possam convertê-lo em um “estranho à comunidade”¹⁴. Obviamente, nenhum Estado que negue a qualidade de pessoa a um indivíduo pode autoproclamar-se democrático de Direito.

Não é à toa, conforme observa Herzog (1999, p. 54), que *em muitas leis do Direito penal moderno se emprega a palavra ‘luta’ (contra a criminalidade econômica, contra a criminalidade ambiental, contra a criminalidade organizada). Como se o Direito penal pudesse vencer o mal e afastar o caos mediante a violência* e a realização da guerra.

A postura belicista admite a **eliminação do inimigo**. No entanto, a guerra de eliminação física é um instrumental bárbaro de difícil possibilidade de imposição e nula viabilidade jurídica. O tratamento de guerra bélica situa-se **fora do direito**.

Isso não significa que o Direito fique fora da realização do projeto de eliminação do inimigo. Dentro das fileiras do Direito, que é um instrumental simbólico, a **eliminação** ocorre também de maneira simbólica, justamente por meio do impedimento da interrelação. A vida no mundo globalizado é por essência complexa e baseada em uma multiplicidade de relações como forma de manifestação de existência das pessoas. A supressão dos processos de comunicação que validam o ato de existir¹⁵ compõe a fórmula jurídica de anulação do outro.

Jakobs defende a possibilidade de tratar de maneira distinta “cidadãos” e “inimigos” em todos os sistemas de controle associados à realização de um

delito, quer dizer, tanto no Direito Penal¹⁶, quanto no Processo Penal¹⁷, e inclusive no âmbito da Execução Penal¹⁸, o que leva para dentro do próprio sistema penitenciário a dualidade excluída do reconhecimento de pessoas em condição pior que outras e, conseqüentemente, merecedoras de uma compressão do sistema penal ainda maior do que simplesmente a prisão.

4 O PRESO COMO O INIMIGO E O PROJETO DE COMPRESSÃO DO ESPAÇO COMO FÓRMULA DE SUA ANULAÇÃO

O criminoso, rotulado pelo sistema penal como diferente, torna-se merecedor da compressão do seu espaço. A fórmula de compressão do espaço, no atual nível de desenvolvimento da sociedade globalizada é, de longe, o mecanismo de opressão mais forte que existe, pois se trata de subtrair do sujeito justamente a possibilidade de interrelação, que valida a existência das pessoas em um mundo tão complexo e de tanta diversidade.

Note-se que o processo de etiquetamento, de identificação do diferente, com perniciosas conseqüências de exclusão, não termina com a criminalização primária e secundária, mas se transfere para dentro do cárcere, a partir dos critérios de classificação dos detentos, que não são o grau de escolaridade, a origem cultural, o local de moradia ou nascimento, mas sim uma duvidosa avaliação de **periculosidade**. Há clara associação entre **perigo** e **merecimento de redução espacial**. Vale dizer, a associação do sujeito à condição de uma fonte de medo, valida discursivamente o plano de sua exclusão da intersubjetividade.

Assim, a prisão, como conseqüência da intervenção do sistema penal, conquanto seja o que identifica o sujeito como criminoso, rotulando-o e colocando-o na condição de diferente, de pessoa sobre quem deve o Estado intervir como forma de aplacar o medo dos demais, é apenas a primeira etapa do processo de anulação do outro.

A partir do ingresso da pessoa no sistema penitenciário, sucessivas avaliações de uma suposta periculosidade conduzem à utilização de mecanismos de compressão espacial que atingem o ápice com a fórmula do chamado "regime disciplinar diferenciado"¹⁹.

98

A vida no mundo globalizado é por essência complexa e baseada em uma multiplicidade de relações como forma de manifestação de existência das pessoas. A supressão dos processos de comunicação que validam o ato de existir compõe a fórmula jurídica de anulação do outro.

A redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais estabelece o isolamento celular do apenado que comete o delito doloso ou falta grave, por até um ano, com possibilidade de repetição por um prazo igual a um sexto do estabelecido inicialmente. Além disso, impõem-se restrições quanto à possibilidade de receber visitas.

Aqui aparece um evidente retorno ao sistema auburniano²⁰. Observem-se os termos em que a lei se expressa: *Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da san-*

ção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

O problema é mais grave quando se observa o conteúdo dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que estabelecem literalmente: *§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigo os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.*

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Veja-se que há possibilidade de receber o sujeito no sistema de execução penal, desde o princípio, submetido a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver com um Direito Penal do fato e muito mais com um Direito Penal do autor.

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um *alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*. Porém, a respeito de que se está falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário pode decorrer de omissões que não sejam faltas nem delitos? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução.

Este Direito Penal do autor reconhece-se na seleção e exclusão de pessoas em função da aplicação de um rótulo que os qualifica como inimigos.

Nota-se claramente que todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são "suspeitas" de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito Penal de autor, em que *não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)*. (ESPINAR, 1993, p. 360)

5 A QUEBRA DA ESTRUTURA DUAL PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM E A DILUIÇÃO DO INIMIGO, PELA INCLUSÃO DO OUTRO

Enquanto persista uma leitura sociológica e filosófica de

caráter dual em que se separam os cidadãos dos inimigos, para efeitos de inclusão e exclusão nos vários aspectos das relações sociais, identificando estes últimos com a figura daquele que passou pelo sistema penitenciário, não será possível nem minimizar os efeitos perniciosos da intervenção penal, nem desviar-se das tendências teóricas que visam legitimar o perfil excludente.

Sendo assim, há uma tarefa também de caráter político-criminal que pode ser cumprida pela filosofia da linguagem: dar orientação e sustentação para a superação da dualidade excludente, por meio da fórmula de autovalidação pela inclusão do outro no projeto de realização pessoal. Esse perfil, de caráter holístico e inclusivo, tomado como via de orientação das diretrizes penitenciárias, poderá lograr uma conscientização de caráter jurídico e sociológico que leve, por um lado, à minimização dos efeitos deletérios produzidos pelo sistema penal e, por outro, à diluição da figura do inimigo e com ela, dos discursos de legitimação do recrudescimento e do desprezo a uma parte da humanidade.

É evidente que uma postura dual, de separação entre **eu** e o **outro** não pode produzir uma aproximação que permita a completa validação do ser. Nem do outro, nem de si mesmo. A verdade é que o modo de vida da sociedade da modernidade reflexiva exige que no plano da autorrealização esteja incluído o outro.

Não se desconhecem o hedonismo e o egoísmo como marcas da sociedade do século XXI, especialmente no mundo de cultura ocidental. Entretanto, mesmo de um ponto de vista absolutamente egocêntrico, o projeto de plena realização da vida inclui, necessariamente, o outro. E o outro, em qualquer plano em que esteja de diferença.

É muito comum que se rechace qualquer classe de interrelação com o detento e que se dificulte imensamente a introdução social do egresso, em função da rotulagem que estes sofrem por parte do sistema punitivo. O que não é percebido é que mesmo a realização plena do plano de felicidade daqueles que se consideram **diferentes** dos clientes do sistema penal, depende deles.

É comum que se identifique, na população em geral, uma opinião de que o condenado deve permanecer o

máximo possível de tempo em compressão máxima do seu espaço, como modo de cumprir a pena. O que estas pessoas não percebem é que, cumprida a pena, os condenados voltarão ao seu convívio com todas as marcas e heranças adquiridas no cárcere. Tudo o que a prisão lograr produzir nele de ruim será manifestado em seguida, nas relações sociais que certamente guardará com aquele que quer vê-lo detido. Quem foi um dia condenado estará guardando o carro, dividindo o banco do ônibus ou do metrô, sentado na mesma arquibancada do estádio, com aquele que se julgou diferente dele.

A partir do ingresso da pessoa no sistema penitenciário, sucessivas avaliações de uma suposta periculosidade conduzem à utilização de mecanismos de compressão espacial que atingem o ápice com a fórmula do chamado “regime disciplinar diferenciado”.

A questão a saber é como as pessoas desejam que os **inimigos** se comportem, uma vez que acabe a guerra. De nada adiantam planos para a guerra que não incluam o que fazer uma vez obtida a paz. Ou seja, mesmo do ponto de vista mais cínico e egocêntrico, pensando unicamente no próprio bem estar, não é possível deixar de considerar a essencialidade do outro na composição do meu mundo! É óbvio que **o outro está incluído obrigatoriamente em nosso plano de vida, pelo que, deve haver um plano específico para isso.**

A saída parece estar na adoção de uma política de aproximação comunicativa, ou seja, de partilhar quadros de mundo, de conscientização e absorção das diferenças, mesmo daquelas geradas pelo próprio sistema penal. Admitir a existência de diferenças, aceitá-las e incluí-las no próprio modo de vida é a única forma válida de minimizar apagar o medo de viver. Assim, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer o fenômeno criminal a partir de sua dimensão social.

As verdadeiras e endêmicas causas de criminalidade não são alcançáveis pela via da incriminação ou da repressão com Direito Penal, mas sim pelo trabalho no âmbito social, cada vez mais abandonado²¹. É da ausência do Estado que se alimenta o **poder paralelo** e da interfe-

rência do crime nas instâncias de poder – leia-se, passividade para com o crime organizado propriamente dito – que deriva a impunidade²² (NAHUM, 2003, p. 2).

A crise da modernidade reflexiva levou a uma insegurança permanente que faz com que as pessoas cada vez mais anseiem por controlar as fontes de sua insegurança, ainda que com medidas sabidamente paliativas e geradoras de um efeito tranquilizador muito mais psicológico do que efetivo. Por outro lado, o subproduto desta modernidade é uma massa de excluídos que, por sua condição, é também fonte de triplo medo: o medo da diferença, para quem não faz

parte daquela massa; o medo de vir a fazer parte dela²³ e o medo de quem dela faz parte, constatando que sua eliminação é indiferente para o próprio sistema.

Sendo assim, a fonte do medo está no próprio direcionamento do desenvolvimento social e não no fenômeno “crime”. Deste modo, um “combate” ao crime não devolve a sensação de segurança e tampouco ajuda a identificar o verdadeiro risco.

Portanto, trata-se de uma “guerra” perdida *ab initio*, cujo resultado central é apenas a identificação de um **inimigo** no outro. Os poucos eleitos (incluídos) pensam equivocadamente que o **inimigo** é o excluído, e vice-versa.

Há necessidade, portanto, de abolir a ideia de **combate, ou guerra** contra a criminalidade²⁴. Além disso, é preciso promover o reconhecimento da própria existência por meio da alteridade inserta em um processo de comunicação, o que deflui da aplicação das máximas da filosofia da linguagem.

Conforme refere Vives Antón, *no pensamento de Wittgenstein, o sentido surge da interação social intermediada por regras, cuja inteligibilidade só é possível no marco de uma forma de vida. O que temos que aceitar, o dado – poderíamos dizer – são as formas de vida.* (ANTÓN, 1996, p. 190-191).

Assim, a possibilidade de darmos um passo em direção ao rompimento das regras de exclusão, depende, inicialmente, da adoção de uma perspectiva de comunicação como forma de demonstração de sentido. Se o que é dotado de sentido (jurídico, social, ou de qualquer ordem) somente pode ser determinado por meio de um processo de comunicação, de interação, de compartilhamento de regras, a demonstração de minha condição de cidadania, depende deste processo, depende de interação, depende de reconhecer-me no outro.

O que prejudica o reconhecimento da instância penal como instrumento de realização dos direitos de cidadania, é o não reconhecimento discursivo do *alter* como cidadão. Os realizadores da instância penal, cada vez mais, têm identificado o criminoso como o “**elemento**” (discurso policial) ou o “**inimigo**” (discurso dogmático e político criminal).

Enquanto não houver o rompimento com estes discursos para o reconhecimento do “Eu” na figura do “Outro”, não se direcionará corretamente as instâncias de controle social jurídico, muito menos o controle social penal.

A descaracterização de pessoa no discurso de Jakobs (o inimigo é uma não pessoa), visa justamente burlar o reconhecimento do *alter* como uma *forma de vida* que partilha com o sujeito regras de comunicação, representadas pelos direitos fundamentais de cidadania. Uma vez que se rompe com o reconhecimento do *alter* como tal, uma vez que deixa de haver regras passíveis de compartilhamento, não resta qualquer possibilidade de reconhecimento do *alter* como “algo que existe”.

Vale dizer, sua “não existência” como cidadão precede sua não existência como ser humano, titular de garantias por esta simples condição, e abre portas, finalmente, para a possibilidade de sua aniquilação ou extermínio físico, sem que isso signifique, de alguma forma, a perda de “algo que existe no mundo”.

Esta anulação da existência do outro tem sido realizada, cada vez mais, com o instrumental da compressão do espaço (e toda compressão de espaço resulta em explosão, em um momento ou em outro), que efetivamente deve ser o primeiro objeto de transformação, se for pretendida uma aproximação intersubjetiva positiva.

Ou seja, todas as medidas descaracterizantes constituem elementos essenciais da inclusão do outro na vida de relação, de modo a permitir uma redução de perda de horizontes de interrelação. O controle penal não pode ser exercido mediante a anulação da individualidade, mediante a privação da comunicação.

É imprescindível repensar a estrutura punitiva do Direito Penal a partir das funções atribuídas à sanção penal. É que a *fa-lência da pena de prisão* assim denominada por Cezar Roberto Bitencourt (2004, *passim*), tem menos a ver com o fracasso de seu projeto ressocializador e mais com a sua conformação a um projeto de exclusão pelo isolamento da comunicação.

Observa Baumann (1999, p. 119) que a *questão da reabilitação destaca-se hoje menos por seu contencioso do que por sua crescente irrelevância*. Não se trata mais de discutir se a privação da liberdade é ou não capaz de produzir reabilitação. Tal discussão é simplesmente abandonada. Para ele, o *significado mais profundo da separação espacial era a proibição ou suspensão da comunicação e, portanto, a perpetuação forçada do isolamento*.

Acontece o que Baumann²⁵ refere como o *impedimento de um acesso comunicativo*, forma de compressão da visão do outro, que, segundo sua análise, sempre foi a tônica do confinamento espacial.

Com a compressão do espaço e a proibição da interrelação, alcança-se o objetivo central de impedir a existência, por meio da cessação dos processos comunicativos. A redução do espaço traduz-se na compressão do ser. Eis a motivação central do encarceramento²⁶.

Portanto, urge romper com a retórica permanentemente deslocada a respeito dos fundamentos da pena, e concebê-la com a função garantista que se assinala ao próprio Direito Penal, qual seja, a de controle social do intolerável expresso pelo ataque grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento do ser humano na sociedade.

Mais do que isso, não se deve perder de vista que a perspectiva punitiva só tem lugar se inclui um projeto de aproximação e de inclusão daquele que é circunstancialmente colocado em situação de diferença pela rotulagem própria do sistema. A inclusão dele no projeto de vida dos que não recebem a estigmatização é verdadeira condição de validade e legitimidade do processo de controle social, seja ele de que ordem for.

NOTAS

- 1 Nesse sentido, veja-se extenso panorama traçado por Leandro Ayres França (no prelo).
- 2 O termo é de Ulrich Beck e aparece em toda a obra *La Sociedad del Riesgo* (BECK, 1998).
- 3 Sobre a tendência da perda de controle sobre as fontes de risco na sociedade pós-moderna, vide Beck (1998, p. 33): *Muchos de los nuevos riesgos (contaminaciones nucleares o químicas, sustancias nocivas en los alimentos, enfermedades civilizatorias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata*.
- 4 [...] o termo ‘risco’ vincula-se sempre a uma decisão racional, mesmo que na maior parte das vezes se desconheça as consequências que dela possam advir; ao passo que se fala em perigo quando o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evitá-lo (MACHADO, 2005, p. 37).
- 5 Observa precisamente Paulo Silva Fernandes a dimensão deste fenômeno, ao comentar: *Não terá, por um lado, a sociedade sido sempre “de risco”? Não são os riscos “entemporais” e inerentes mesmo à própria vida e às decisões nela tomadas? Não vivemos, pelo contrário, numa sociedade caracterizada. Precisamente, por uma redução dos riscos e até por um incremento considerável de confiança nas soluções encontradas pela técnica e pela ciência para reduzir e/ou prevenir as doenças e as catástrofes naturais? Então não é certo que vivemos mais e melhor, que temos avanços notáveis na ciência ao nível, nomeadamente, da prevenção e cura das doenças, que “controlamos” a natureza, que tivemos conquistas de vulto conseguidas pelo triunfo do chamado “estado de bem-estar” (Welfare State)?* (FERNANDES, 2001, p. 48).
- 6 No mesmo sentido Fernandes (2001, p. 44)
- 7 Prittwitz alerta para esta transformação, ao comentar que *O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças, de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um «direito que já passou a ser do inimigo», como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente.* (PRITTWITZ, 2004, p. 32).

- 8 Esta é a expressão utilizada por Hassemer no artigo *Características e crises do moderno Direito penal* (HASSEMER, 2003, p. 59).
- 9 Sobre o dualismo como traço característico do modelo científico moderno, veja-se o comentário de Baptista (2010, p. 97).
- 10 O tema do etiquetamento foi completamente desenvolvido por Howard Becker (1966). Para comentários mais recentes a respeito, vide Muñoz Conde e Hassemer (2008, p. 110 e SS.).
- 11 *Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos em los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación – denominada abiertamente de este modo– de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas.* (JAKOBS, 2003, p. 38-39).
- 12 Nesse sentido, Jakobs (2003, p. 40)
- 13 A desconsideração do criminoso como cidadão faz recordar um dos piores períodos da história político-criminal. É que o discurso do próprio líder nacional-socialista partia deste mesmo ponto: *O cidadão alemão é privilegiado em relação ao estrangeiro. Essa honra excepcional também implica em deveres. O indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da Pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos.* (HITLER, 2003, p. 330).
- 4 Não é demais lembrar que a expressão “estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*) foi utilizada pelo Direito Penal nacional-socialista, como fundamento da incriminação.
- 5 Segundo Wittgenstein, o pai da filosofia da linguagem, *os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo* “Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt”. (WITTGENSTEIN, 1987).
- 6 *Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos pólos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio prévio y al que se le combate por su peligrosidad.* (JAKOBS, 2003, p. 42-43).
- 7 *[...] al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§ § 31 y ss. EGGVG).* (JAKOBS, 2003, p. 45-46).
- 8 *La ambigua posición de los prisioneros – delinquentes? Prisioneros de guerra? – muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.* (JAKOBS, 2003, p. 46).
- 19 Para mais detalhes, a respeito, veja-se Busato (2004).
- 20 Comenta Cezar Bitencourt que em 1976 o governador John Jay, de Nova Iorque, enviou uma comissão até a Pensilvânia para estudar o sistema celular. E, 1796 ocorreram trocas importantes nas sanções penais, substituindo a pena de morte e os castigos corporais pela pena de prisão, consequência direta das informações obtidas pela comissão já referida. Em 1797 foi inaugurada a prisão de Newgate. Como esse estabelecimento era demasiadamente pequeno, foi impossível tornar o sistema de confinamento em solitário. E diante dos resultados poucos satisfatórios, em 1809 foi proposta a construção de outra carceragem, no interior do Estado para absorver o crescente número de delinquentes. A autorização definitiva, porém, para a construção da prisão de Auburn só ocorreu em 1816. Uma parte do edifício destinou-se ao regime de isolamento. De acordo com uma ordem de 1821, os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias: 1º) A primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou um isolamento contínuo; 2º) Na segunda situavam-se os menos incorrigíveis e somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3º) A terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes, somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia na semana. As celas eram pequenas e escuras e não havia possibilidade de trabalhar nelas. Esta experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Uma comissão legislativa investigou este problema em 1824 e recomendou o abandono do sistema de confinamento solitário durante a noite. Esses são os elementos fundamentais que definem o sistema auburniano, cujas bases, segundo Cuello Calón, foram estabelecidas no Hospício de San

Miguel de Roma, na prisão de Gante.

- 21 *Hoje, apesar de sermos a 12ª economia do mundo, somos, pelo último levantamento da ONU, entre 140 países, o pior em distribuição de renda depois de Serra Leoa, na África. Esta é, indiscutivelmente, a causa maior do incrível aumento da criminalidade violenta.* (DELMANTO, 2006, p. 5).
- 22 Nesse sentido, Nahum (2003, p. 2)
- 23 Bauman, utilizando interessante comparação dos incluídos a turistas e dos excluídos a vagabundos, observa que o vagabundo é o pesadelo do turista, o ‘demônio interior’ do turista que precisa ser exorcizado diariamente. *A simples visão do vagabundo faz o turista tremer – não pelo que o vagabundo é, mas – pelo que o turista pode vir a ser. Enquanto varre o vagabundo para debaixo do tapete – expulsando das ruas o mendigo e o sem-teto, confinando-o a guetos distantes e ‘proibidos’, exigindo seu exílio ou prisão – o turista busca desesperadamente, embora em última análise inutilmente, deportar seus próprios medos.* (BAUMAN, 1999, p. 106).
- 24 Nesse sentido concorre a opinião de Leonardo Sica, ao afirmar que a terminologia bélica usualmente empregada (*guerra contra drogas, batalha contra o crime, etc.*) revela, mais do que um deslize de linguagem, a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida com mais violência. *É visível a contradição que esse discurso tenta esconder: não se obtém a paz declarando a guerra!* (SICA, 2003, p. 7-9).
- 25 *O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço. A separação especial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual de relações sociais.* (BAUMAN, 1999, p. 114).
- 26 *Hoje a nossa preocupação é com a grande massa de negros, pardos, pobres, feios e, principalmente, favelados cujo olhar nos incomoda, estragam a paisagem, andam de pés descalços no asfalto quente, usam roupas sujas e são todos integrantes de uma terrível seita que possui um pacto de sangue com o mais terrível dos demônios dos círculos do inferno: as drogas ilícitas, e por isso merecem ser controlados, vigiados, trancafiados, mortos e exorcizados, pois não fazem parte de nós, homens brancos e civilizados, são, na verdade, nossos inimigos e não merecem perdão.* (SILVA, 2006, p. 2).

REFERÊNCIAS

- ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- BAPTISTA, Isabelle de. A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: Uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 77, n. 4, out-nov-dez. 2010, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.
- BECKER, Howard S. *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*. New York: Free Press, 1966.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004.
- DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. *Boletim do IBCCrim*, n. 163, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, jun. 2006.
- ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *Fundamentos de derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1993.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou uma história ocidental da inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, (no prelo).
- HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal. Revista de Estudos Criminais* n. 8. Porto Alegre: Notadez Editora, 2003.
- HERZOG, Felix. *Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. Revista Penal*, Barcelona: Praxis, 1999.

HITLER, Adolf. *Minha luta*. Tradução de Klaus Von Puschén. São Paulo: Centauro, 2003. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo'. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. *Boletim do IBCCrim*, n. 128, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, jul. 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violência e crime organizado. *Boletim do IBCCrim*, n. 126, São Paulo, Instituto brasileiro de Ciências Criminais, maio 2003.

SILVA, Luciano Filizola da. A falácia do sistema penal: A gênese de uma criminalização desviada. *Boletim do IBCCrim*, n. 165, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, ago. 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Tradução de M. S. Lourenço, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

Artigo recebido em 31/5/2012.

Artigo aprovado em 2/7/2012.