

**COLEÇÃO** *Pensamento  
Criminológico*

**14**

*E. Raúl Zaffaroni*

**O INIMIGO NO  
DIREITO PENAL**

 Instituto  
Carioca de  
Criminologia

 Editora Revan


*O inimigo no direito penal*

Coleção Pensamento Criminológico

E. Raúl Zaffaroni

*O inimigo no direito penal*

Tradução  
Sérgio Lamarão

  
Instituto  
Carioca de  
Criminologia



Editora Revan

**COLÉCIA** Pensamento  
**Criminológico**

Direção  
Prof. Dr. Nilo Batista

© 2007 Instituto Carioca de Criminologia  
Rua Senador Dantas, 75 – Cob. 02 – Centro  
Rio de Janeiro - RJ – Brasil  
CEP 20031-204  
Tel.: (5521) 2221-1663  
Fax.: (5521) 2224-3265  
Email: [criminologia@icc-rio.org.br](mailto:criminologia@icc-rio.org.br)

Edição  
Editora Revan  
Av. Paulo de Frontin, 163  
20260-010 Rio de Janeiro RJ  
tel: (21) 2502 7495 fax: (21) 2273 6873  
[editorial@revan.com.br](mailto:editorial@revan.com.br)/[www.revan.com.br](http://www.revan.com.br)

Projeto gráfico  
Luiz Fernando Gerhardt CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Revisão Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ  
Sylvia Moretzsohn

Z22i

Zaffaroni, Eugenio Raul, 1940-  
O inimigo no direito penal/ E. Raul  
Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão  
– Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição  
junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011  
2ª reimpressão, setembro de 2014.  
224p. – (Pensamento criminológico; 14)

Inclui bibliografia  
ISBN 85-7106-358-3

1. Direito penal. 2. Estado de direito.  
3. Poder de polícia. I. Título. II. Série.

06-4377.

CDU 343.2

06.12.06 08.12.06

017249

A Germán Bidart Campos  
*in memoriam*

## Sumário

Apresentação .....	9
I. Introdução ou prolegômenos indispensáveis .....	11
1. Hipótese geral ou básica .....	11
2. As últimas tendências mundiais do poder punitivo que não podem ser deixadas de lado pela doutrina .....	13
3. O contexto mundial atual torna a reação política obrigatória .....	15
4. O <i>inimigo</i> não merece o tratamento de pessoa .....	18
5. Qual é a essência do <i>inimigo</i> ? .....	21
6. Duas palavras sobre o "direito penal" .....	25
II. O <i>inimigo</i> na prática do exercício real do poder punitivo .....	29
1. O poder punitivo da Revolução Mercantil .....	29
2. A revolução inquisitorial: o sequestro de Deus .....	38
3. O poder punitivo da Revolução Industrial .....	43
4. O poder punitivo na periferia neocolonizada .....	46
5. O velho autoritarismo do século XX .....	53
6. O novo autoritarismo <i>cool</i> do século XXI .....	59
7. O autoritarismo <i>cool</i> na América Latina .....	70
8. Balanço do exercício real do poder punitivo na história e na atualidade .....	81
III. O <i>inimigo</i> nos discursos jurídicos penais e criminológicos .....	83
1. O direito penal pré-moderno .....	83
2. A prevenção geral positiva e a "razão de Estado" como justificativa pré-moderna da seletividade e do poder punitivo .....	87

3. A doutrina penal da modernidade e a pretensa individualização "ôntica" do inimigo .....	90
4. O coramento do <i>inimigo ôntico</i> garofaliano: a legitimação do genocídio pelo direito penal do século XX .....	102
5. O sistema penal cautelar latino-americano .....	109
IV. O inimigo, estranho ou <i>hostis</i> na teoria política .....	115
1. O que se discute são os direitos individuais dos cidadãos .....	115
2. Admitir o conceito de <i>hostis</i> não é uma posição política teoricamente prudente .....	121
3. A confrontação entre Hobbes e Locke .....	124
4. A confrontação entre Kant e Feuerbach .....	128
5. As contradições de Hobbes e a coerência de Schmitt .....	134
6. O <i>hostis</i> reclama um Estado absoluto .....	144
V. As táticas de contenção: a proposta <i>estática</i> e sua inviabilidade .....	155
1. Um debate contemporâneo singular .....	155
2. Não existem conceitos <i>limitados</i> de <i>inimigo</i> .....	161
3. A inevitável quebra do Estado de direito .....	163
4. A avaliação negativa da eficácia de contenção .....	165
VI. As táticas de contenção: a proposta <i>dinâmica</i> .....	169
1. A dialética do Estado de direito e o poder punitivo .....	169
2. A função essencial do direito penal do Estado de direito .....	170
3. "Êxitos" e "fracassos" .....	175
4. Duas palavras sobre o direito internacional penal .....	179
Digressão: o que fazer com o <i>terrorismo</i> ? .....	184
VII. Algumas reflexões conclusivas .....	189
Bibliografia .....	193

## Apresentação

Este ensaio aborda a dialética entre o Estado de direito e o de polícia, traduzida no campo penal na admissão, mais ampla ou mais restrita, do tratamento punitivo a seres humanos privados da condição de pessoas. Este tratamento diferenciado provoca uma contradição entre a doutrina penal (e uma certa filosofia política de ilustre linhagem), por um lado, e a teoria política do Estado constitucional de direito, por outro, visto que a última não o admite nem sequer numa clara situação bélica, pois implicaria abandonar o princípio do Estado de direito e passar ao de polícia, que deslizaria, rapidamente, para o Estado absoluto.

A atual situação do planeta revela, em toda sua crueza, esta contradição, provocando um grave transtorno na doutrina, uma vez que, de uma vez só, desnuda o fenômeno de todas as roupagens que o ocultaram até hoje e revela, como nunca acontecera antes, que a secular tradição legitimadora do exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo operou como fissura absolutista no Estado constitucional de direito, introduzindo no seu marco um elemento dissolvente que, em algum trágico momento do passado, seria chamado entre nós de *doutrina da segurança nacional*, de triste memória.

É mister advertir que, na exposição aqui apresentada, sintetizam-se ou ampliam-se — e também repetem-se — conceitos e textos publicados em trabalhos parciais, à medida que a pesquisa avançava.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> "Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool", em *Homenaje al Profesor Dr. Giorgio Marinucci*; "¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?", em *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*; "El Leviathán e el derecho penal", em *Homenaje al Profesor Dr. Ramón C. Leguizamón*; "La legitimación del control penal de los 'extraños'", in *memoriam* do Professor Dr. Alfonso Reyes Echadía.

Além disso, nossa exposição está assentada numa concepção conflitivista da sociedade e na dialética do Estado de direito e do Estado de polícia presente no interior de todo Estado de direito real ou histórico, nos termos que propusemos em 1989<sup>2</sup> e desenvolvemos posteriormente com Alejandro Slokar, Alejandro Alagia<sup>3</sup> e Nilo Batista.<sup>4</sup>

Nossos mais sinceros agradecimentos aos colegas Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, Renato Vanelli, Gustavo Ferreira, Graciela Otano, Guido Riso, Martín Magram, Jacobo Grossman, Mariana Caraballo, Gabriela Gusi, Pablo Vega e Alfredo Fernández. Todos eles tiveram a paciência de ler o manuscrito e formular observações.

Dedicamos este modesto ensaio à memória de um querido Mestre, com quem teria sido imprescindível discuti-lo, dado que ousamos irromper em seu campo com a proverbial inaptidão do penalista e onde, por momentos, temos a sensação de mover-nos como um elefante marinho na areia. Se tivéssemos tido esta sorte, seguramente estas páginas seriam muito mais claras e menos imperfeitas.

E. Raúl Zaffaroni

Departamento de Direito Penal e Criminologia  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais  
Universidade de Buenos Aires

Abril de 2006

<sup>2</sup> *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica penal*, Buenos Aires: Ediar, 1989. Trad. bras. *Em busca das penas perdidas*, Revan, 1991.

<sup>3</sup> *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2000; México D.F.: Porrúa, 2001; 2ª ed., Ediar, 2002; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

<sup>4</sup> E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# **I.** **Introdução ou prolegômenos indispensáveis**

## **1. Hipótese geral ou básica**

A hipótese que procuramos demonstrar nestas páginas pode ser sintetizada da seguinte forma:

a) O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *personas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos<sup>1</sup> estabelece universal e regionalmente.

b) O item acima não consiste numa verificação apenas de *dados de fato*, revelados pela história e pela sociologia, mas também de *dados de direito*, posto que tanto as leis quanto a doutrina jurídica legitimam este tratamento diferenciado. Também os saberes pretensamente empíricos sobre a conduta humana (convergentes na criminologia tradicional ou etiológica) pretenderam dar-lhe justificação científica.<sup>2</sup>

c) Na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (*inimigos* da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito. Com isso, introduz-se uma contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legítima o conceito de *inimigo* e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Capítulo I.

<sup>2</sup> Capítulos II e III.

<sup>3</sup> Capítulo IV.

d) Visto que, na realidade, o poder punitivo atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas e que a legislação o autoriza a agir assim, a doutrina consequente com o princípio do Estado de direito deve tratar de limitar e reduzir ou, ao menos, delimitar o fenômeno para que o Estado de direito não desapareça.

Conforme esta estratégia, são propostas duas táticas de delimitação: uma estática,<sup>4</sup> que propõe aceitar o consumado e legitimá-lo apenas para certos fatos, e que, a nosso juízo, carece de capacidade para atingir o objetivo estratégico proposto; e outra dinâmica,<sup>5</sup> que é a que consideramos adequada para alcançar esse objetivo.

A hipótese de base que procuramos comprovar parte da *natura política* da questão colocada e visa a verificar que, no plano da teoria política, é intolerável a categoria jurídica de *inimigo* ou *estranho* no direito ordinário (penal ou de qualquer outro ramo) de um Estado constitucional de direito, que só pode admiti-lo nas previsões de seu direito de guerra e com as limitações que lhe são impostas pelo direito internacional dos direitos humanos em seu ramo de direito humanitário (legislação de Genebra<sup>6</sup>), levando-se em conta que nem sequer este priva o *inimigo bético* da condição de pessoa.

Nossa tese é que o *inimigo da sociedade* ou *estranho*, quer dizer, o ser humano considerado como *ente perigoso ou daninho* e não como *pessoa com autonomia ética*, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto e que, consequentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito.

<sup>4</sup> Capítulo V.

<sup>5</sup> Capítulo VI.

<sup>6</sup> Comitê Internacional da Cruz Vermelha, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Madri, 1970; Comitê Internacional da Cruz Vermelha, *Seminário Internacional*, Havana, *Derecho Internacional Humanitario*, Guatemala, 1998; Pedro Pablo Camargo, *Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, 1995; Comitê Internacional da Cruz Vermelha, *Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales*, Genebra, 1983.

As racionalizações da doutrina penal para ocultar a admisão da categoria de *inimigo* no direito penal, lidas a partir da teoria política, são concessões do Estado liberal ao Estado absoluto, que debilitam o *modo orientador do Estado de direito*, que é a *bússola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos*. Se entregamos os instrumentos de navegação do poder jurídico de contenção das pulsões autoritárias — normais em todo Estado de direito real —, o poder jurídico fica privado de qualquer possibilidade de eficácia não somente tática, como também estratégica.

É preciso assinalar que alguns teóricos da política, inegavelmente de primeiríssima linha — nada menos que Hobbes e Kant —, contribuíram para a manutenção desses obstáculos, esforçando-se por compatibilizá-las com limitações liberais e contribuindo, assim, em boa medida, para desorientar também o penalismo, de modo que o erro não é só deste, ainda que as piores consequências práticas tenham ocorrido em seu campo.

## 2. As últimas tendências mundiais do poder punitivo que não podem ser deixadas de lado pela doutrina

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada *política criminal* ou, mais precisamente, da *política penal*, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo.<sup>7</sup> Nele, o tema do *inimigo da sociedade* ganhou o primeiro plano de discussão.

Talvez os teóricos tenham caído, até certo ponto, na negação do fenômeno de endurecimento das legislações penais sancionadas por causa ou a pretexto de situações de emergência, até que a realidade legislativa alcançou um ponto que impedia qualquer mecanis-

<sup>7</sup> Cf. Eduardo Demetrio Crespo, "Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo", em *RDCP*, nº 14, 2004, p. 87 e ss. Prova disso é a proposta de Jesús María Silva Sánchez, em *La expansión del derecho penal*, Madri, 2001, acerca do chamado "direito penal com duas velocidades", bem como toda a teorização do chamado "direito penal simbólico" (ver os trabalhos publicados no nº 1 de *Pena y Estado*, Barcelona, 1991).



mo de fuga. O certo, porém, é que a invocação de *emergências* justificadoras de *Estados de exceção* não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constatamos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se na *exceção perpétua* –, tendo sido amplamente superadas pela legislação de *segurança* latino-americana.<sup>8</sup>

Assinalou-se que as características deste avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal *de autor*.<sup>9</sup>

Na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (*teoria do conhecimento*), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os consequentes processos de *clonização* que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de *perigo sem perigo* (perigo

<sup>8</sup> Não é objetivo deste trabalho esgotar essa informação, porém o alarme pode ser visto em vários textos de Luigi Ferrajoli. Em espanhol, basta citar a magnífica tese de José-Ramón Serrano Piedecabras, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988, como também a apresentação à obra de Roberto Bergalli, *Emergencia: una cultura específica*. Ver também Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, Nápoles, 2000; William Frede Pérez Toro, Alba Lucía Vanegas Eepes e Carlos Mario Alvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, 1997.

<sup>9</sup> Cf. Manuel Cancio Meliá, "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)", em *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 183 e ss., p. 211.

*abstrato* ou *presumido*); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas *leis penais em branco* etc.<sup>10</sup>

### 3. O contexto mundial atual torna a reação política obrigatória

É impossível ignorar que a atual situação mundial constitui um fator determinante do escândalo que parece atingir a discussão no campo penal e político-criminal. Com efeito, até agora – e pode-se afirmar que durante o último século e meio – *minimizava-se com pouco esforço a desconexão da doutrina penal com a teoria política*. Todavia, essa situação mudou, não só porque a mudança se expressa em palavras tão claras que tornam inevitável o contraste entre os dois âmbitos do conhecimento como também – e sobretudo – porque as circunstâncias do mundo variaram de modo notório, em razão de uma pluralidade de sinais alarmantes: o poder se planetarizou e ameaça com uma ditadura global; o potencial tecnológico de controle informático pode acabar com toda intimidade; o uso desse potencial controlador não está limitado nem existe forma de limitá-lo à investigação de determinados fatos; as condições do planeta se deterioraram rapidamente e a própria vida se encontra ameaçada. Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch*<sup>11</sup> e vingativa sem precedentes; a capacidade

<sup>10</sup> Sobre estas e outras causas, ver Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires, 2005, e Marta Rodrigues de Assis Machado, *Sociedade de risco e direito penal*, São Paulo, 2005.

<sup>11</sup> A palavra *völkisch* costuma ser traduzida por *populista*, especialmente na Europa e nos Estados Unidos. Sua tradução mais correta seria *popularesco*, ou seja, um discurso que subestima o povo e trata de obter sua simpatia de modo não apenas demagógico, mas também brutalmente grosseiro, mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos. Esta precisão é importante na Amé-

técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declárádas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes *Estados de exceção* – em série e em alta velocidade.

Este contexto não pode deixar de influir sobre nenhum teórico do direito e, por mais que se oculte sob os mais reluzentes enfeites jurídicos, a reação que suscita a presença descarnada do *inimigo da sociedade* de no direito penal é de caráter político, porque a *questão que se coloca* é – e sempre foi – *dessa natureza*.

Prova disso é que cada vez que se discute se é possível tratar alguns seres humanos de acordo com o *perigo ou dano* que representam e procura-se uma racionalização mais elaborada,<sup>12</sup> não se pode deixar de invocar Hobbes e, por conseguinte, a *questão da soberania*, matéria que pertence, inquestionavelmente, à *teoria política*. O novo panorama globalizador se caracteriza, precisamente, por uma profunda mudança política.

Os crimes de *destruição maciça e indiscriminada* ocorridos em 11 de setembro de 2001 e em 11 de maio de 2004<sup>13</sup> são expressões de violência brutal que, na opinião dos internacionalistas, configuram crimes de *lesa-humanidade*,<sup>14</sup> os quais, por sua vez, são

rica Latina, pois a tradução corrente em outros continentes se confunde com o *populismo* latino-americano. Nossa preocupação é não arrolar nessa lista uma série de líderes políticos que, com todos os seus defeitos e contradições, promoveram, inquestionavelmente, avanços notáveis nas sociedades da região e que nem sempre, e muito menos com frequência, usaram a técnica *völkisch* (v. infra, II, 4 e 5). Essa técnica, por sua vez, é muito usada por sistemas que nada têm a ver com o *populismo* político.

<sup>12</sup> Em algumas ocasiões, como nas grosserias de Rafael Garofalo, por exemplo (infra, Cap. III), não se procura esse tipo de racionalização.

<sup>13</sup> Referimo-nos a crimes de *destruição maciça e indiscriminada* e não a *terrorismo*, que é uma expressão juridicamente nebulosa. Mais adiante, usaremos *terrorismo* no sentido vulgar da comunicação de massa, que é também o usado na propaganda *völkisch* e reservaremos a empregada neste parágrafo para a conotação técnica.

<sup>14</sup> Cf. Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valência, 2005, p. 78.

respostas a outras violências e assim poderíamos continuar até Adão e Eva ou até o primeiro golpe que um hominídeo desferiu contra outro, sem chegar a nenhuma solução com vistas a uma convivência racional no futuro.

Não é necessário adotar nenhuma posição radical ou de pacifismo dogmático nem sustentar *a priori* que a toda violência deve responder-se com a não-violência<sup>15</sup> para verificar que *nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência*, salvo se a solução *definitiva* seja confundida com a *final* (genocídio).

A história ensina que os conflitos que não terminaram em genocídio se solucionaram pela *negociação*, que pertence ao campo da *política*. Porém, a globalização, ao debilitar o poder de decisão dos Estados nacionais, empobreceu a política até reduzi-la à sua expressão mínima. As decisões estruturais atuais assumem, na prática, a forma pré-moderna definida por Carl Schmitt, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo<sup>16</sup> para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total. Qualquer pessoa que lê um jornal enquanto toma o seu café da manhã – se não limitar a leitura às notícias de esportes – vai se inteirando dos passos que o poder mundial toma rumo aos genocídios, ou seja, rumo ao aniquilamento total daqueles a quem considera seus inimigos.

Como resultado desta sensação de minimização da política e da negociação, duas frentes vão sendo delineadas no mundo do pensamento, com seu natural impacto no mundo político: a *dos direitos humanos e da negociação*, por um lado e, por outro, a *da solução violenta que arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio*. A consciência desta disjuntiva é maior onde as experiências de terrorismo de Estado permanecem na memória coletiva, como na Europa e na América Latina, porém não é assim nos Estados Unidos, onde existiram outros abusos repressivos, mas a sua população não sofreu, em seu território, nem a guerra nem o terrorismo de Estado.

<sup>15</sup> Sobre esta posição, ver Michael N. Nagler, *Per un futuro non violento*, Milão, 2005.

<sup>16</sup> Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985; há, também, a versão de Rafael Agapito, Madri, 2005.

#### 4. O inimigo não merece o tratamento de pessoa

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) *lhe sejam reconhecidos*. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que *lhe anula a sua condição de pessoa*, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*.

A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são *perigosos* e só por isso devem ser segregados ou eliminados, *coisificou-os* sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los *pessoas*, ocultando esse fato com racionalizações. O certo é que desde 1948 esse direito penal que admite as chamadas *medidas de segurança* — ou seja, as penas ou algumas penas como mera contenção de um ente perigoso — viola o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A privação de liberdade — ou a deportação — de uma pessoa em razão de um quarto ou quinto delito de gravidade leve ou média contra a propriedade, quando essa pessoa foi condenada e cumpriu pena pelos delitos anteriores, é uma reação totalmente desproporcional à entidade de seu injusto e de sua culpabilidade e, portanto, o sofrimento que se *lhe impõe* é uma pena entendida como mera contenção, um encerramento que cria um puro impedimento físico; trata-se de uma espécie de *enjaulamento* de um ente perigoso. É claro que esse não é nem pode ser o tratamento que se dá a alguém a quem se reconhece autonomia moral em razão da qual, fazendo uso dela, cometeu

uma infração que causou dano aos direitos alheios, mas sim o que se destina a um animal ou a uma coisa perigosa.

É inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da *máscara*<sup>17</sup> acredita encontrar um *inimigo*, retira-lhe a *máscara* e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso). Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo.<sup>18</sup> O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação.

Não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um ser humano sem afetar seu caráter de *pessoa*, quando essa condição é absolutamente incompatível com as puras contenções que só são admissíveis quando passageiras ou diante de condutas lesivas, em curso ou iminentes, que devam ser detidas, isto é, no momento da agressão ou imediatamente antes, a título de coerção direta.<sup>19</sup>

Esclarecido que o tratamento de pura contenção ou impedimento físico não é o que se confere a alguém em quem se reconhece a condição de pessoa, intuitivamente — por ora — pareceria que *no Estado constitucional de direito não é possível admitir que um ser*

<sup>17</sup> Em latim *persona* era a máscara do ator (cf. J. Corominas, *Diccionario crítico etimológico*, Madrid, 1976, III, pág. 754).

<sup>18</sup> Cf. Luis Garcia Martín, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo"*, em <http://criminet.ugr.es/redpc> 2005.

<sup>19</sup> A força normativa de uma constituição democrática depende diretamente do reconhecimento do caráter de pessoa do ser humano: "Para reivindicar, resgatar e dar peso de convicção à tese de que toda constituição investe força normativa direta, há que incluir em seu conteúdo a parte que resolve o status situacional da pessoa, em que um Estado democrático reconhece a dignidade humana, a liberdade e os direitos, prestando-lhes tutela e assegurando promoção... o conteúdo principista de direitos e liberdades é o que ostenta centralidade e maior valor no Estado democrático" (Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, pp. 75-76).

humano seja tratado como não-pessoa, fora das hipóteses de coerção direta administrativa, inevitável e muito transitória.

Sem prejuízo de voltar ao tema para demonstrar que essa incompatibilidade não é apenas intuitiva, tampouco se pode passar por cima do fato de que o tratamento a um ser humano como coisa perigosa que ameaça a *segurança* ou a *certeza acerca do futuro* não se limita a despersonalizar apenas quem é tratado dessa maneira. Observando mais detidamente esta questão,<sup>20</sup> convém advertir que a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na *despersonalização de toda a sociedade*.

Não há dúvida de que caminhar por um bosque duzentos anos atrás era diferente do que é hoje. Naquele tempo, a *segurança* dos outros resumia-se a saber que não mataríamos nem assaltaríamos quem cruzasse nosso caminho; hoje, para proporcionar segurança aos demais e, sobretudo, ao próprio Estado, exige-se de quem anda pelo mundo a precisão de movimento do gato doméstico em meio aos cristais. Devemos prestar a máxima atenção para não esquecermos de registrar nenhum rendimento para não lesar o fisco, nem comprar um cheque em dólares sem declará-lo para não favorecer o tráfico de cocaína, menos ainda para não ter plantas eventualmente alucinógenas no jardim ou comprar livros na rua que possam ser vendidos por terroristas.

Precisamos nos mover com mais cuidado e precisão, porque o Estado nos torna, a cada dia, mais *garantes daquilo que nós nunca imaginamos que teríamos de garantir*. Porém, da mesma forma que em intervenções cirúrgicas complexas ou na armação de engenhos industriais, os *robôs* alcançam maior precisão, uma vez que não se distraem nem se esquecem.<sup>21</sup> Uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta posterior de cada um de nós como

<sup>20</sup> F. Muñoz Conde, *De nuevo...*, cit., p. 72, e García Martín, em <http://criminet.ugr.es/redpc>, prestaram muita atenção a ela.

<sup>21</sup> O termo *robô* provém do tcheco, em cuja língua significa "jugo". Foi introduzido pelo escritor Karel Čapek, sendo usado desde 1935. Esses engenhos não requerem os traços antropomórficos da ficção científica (cf. Pierre-Jean Richard, *Los robots*, Buenos Aires, 1985).

valor prioritário, projetada para o futuro e até suas últimas consequências, aspiraria a converter-se numa sociedade *robotizada* e, por conseguinte, *despersonalizada*. Certamente, esta distopia por sorte é e será falsa, porque a segurança com relação à nossa conduta futura, como se sabe, não é nada além de um pretexto a mais para legitimar o controle social punitivo.

### 5. Qual é a essência do inimigo?

A negação jurídica da condição de pessoa ao *inimigo* é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como *inimigo*, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma.

Quando se pergunta a respeito desta essência, fica inegável que, conforme à doutrina que mais se aprofundou no tema e que a tratou de forma mais desabrida – ou seja, sem dissimular a questão nem fugir do problema –, o conceito tem origem no direito romano e o autor que trabalhou o tema com maior coerência na teoria política foi Carl Schmitt, que, por sua vez, não fez mais do que resgatar e precisar o conceito tradicional proveniente do direito romano.

Para este teórico do Estado absoluto, o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro,<sup>22</sup> e basta, em sua essência, que seja existencialmente, em um sentido particularmente intenso, de alguma forma outro ou estrangeiro, de modo que, no caso extremo, seja possível ocorrer com ele conflitos que não podem ser decididos nem através de um sistema de normas preestabelecidas nem mediante a intervenção de um *tertius descometido* e, por isso, imparcial.<sup>23</sup>

Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre o *inimicus* e o *hostis*,<sup>24</sup> mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o

<sup>22</sup> Respeitamos a tradução que citamos, porém deve-se observar que a palavra utilizada por Schmitt é *Fremde*, que significa "estranho," ou seja, a mesma que Mezger usaria pouco depois, cf. infra III, 4.

<sup>23</sup> Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, p. 23

<sup>24</sup> Idem, p. 25.

*hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade.<sup>25</sup> O *estrangeiro*, o *estranho*, o *inimigo*, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade.

A palavra *hostis* provém da raiz sânscrita *ghas-*, que alude a comer, o que explica sua origem comum com *hosteria* [estalagem]. *Hostire* também significa matar e *hostia* [hóstia] tem o sentido de vítima.<sup>26</sup> Em muitas sociedades, a pena máxima era a expulsão da comunidade, ou *exílio*, a perda da paz (*die Friedlosigkeit*), justamente por deixar o sujeito na situação de *estrangeiro*, *estranho*, *inimigo*, privado de todo direito.<sup>27</sup>

Do próprio direito romano surgiram os eixos troncais que haviam de servir de suportes posteriores a todas as subclassificações do *hostis* levadas em conta para o exercício diferencial do poder punitivo e racionalizadas pela doutrina penal. Estas categorias remontam a duas, originárias do direito romano: a do *hostis alienigena* — que em escassa porém alguma medida protegia o *jus gentium* — e a do *hostis judicatus*, ou seja, aquele declarado *hostis* em função da auctoritas do Senado, que era um poder excepcional: em situações excepcionais, nas quais um cidadão romano ameaçava a segurança da República por meio de conspirações ou traição, o Senado podia declará-lo *hostis*, *inimigo público*.<sup>28</sup>

O estrangeiro (*hostis alienigena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os que *incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como *estranhos*, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. Não se compreende o estrangeiro porque não é possível comunicar-se com ele, visto que fala uma língua ininteligível: não há

<sup>25</sup> Idem, p. 30.

<sup>26</sup> Ver R. von Ihering, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1877, tomo I, p. 228.

<sup>27</sup> Cf. Albert Du Boes, *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*, Paris, 1845, p. 245.

<sup>28</sup> Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, p. 146.

comunicação possível com o *hostis*. Para os romanos, todos os estrangeiros eram *barbari*, palavra tomada do grego que indicava o não-grego, de língua incompreensível, e que provém da raiz sânscrita *baba-*, próxima a *balbucio e parlenda*.<sup>29</sup>

Nas subclassificações posteriores desta categoria geral inclui-se o *hostis estrangeiro* que é explorado, desde o prisioneiro escravizado da Antiguidade até o imigrante dos dias de hoje. Se bem que as condições jurídicas tenham variado substancialmente, trata-se sempre de um estrangeiro *venciado*, o que acarreta a necessidade bélica ou econômica, e, portanto, deve ser vigiado,<sup>30</sup> porque, como todo prisioneiro, tentará, enquanto puder e quando houver oportunidade, de subtrair-se de sua condição subordinada.

O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos *dissidentes* ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de *inimigos declarados*, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os *declara* como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder. A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos.<sup>31</sup> A subtração à condenação judicial mediante a expatriação fazia cessar automaticamente também a condição de cidadão.<sup>32</sup> O *hostis*, *inimigo* ou *estranho* nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos

<sup>29</sup> Cf. Edward A. Roberts-Bárbara Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madri, 1996, p. 17.

<sup>30</sup> Ver, por exemplo, U. Melchionda, "Differenziazione progressiva dei conflitti etnici tra lavoratori immigrati e società di accoglienza: verso un modello integrato"; U. Melotti, "Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa"; E. Nocifora, "Il mercato di lavoro degli extracomunitari nell'Italia degli anni novanta". Esses textos foram publicados em *Dei delitti e delle pene*, 1/93.

<sup>31</sup> Cf. Émile de Girardin, *Du droit de punir*, Paris, 1871.

<sup>32</sup> Cf. Theodor Mommsen, *Compendio de Derecho Público Romano*, trad. de Pedro Dorado, Madri, s.d., p. 50.

nomes). Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal.

Trata-se de um elemento conceitual contraditório dentro do Estado de direito porque arrasta a semente de sua destruição, muito embora sua incoerência só se tenha manifestado nos anos 30 do século passado, por obra da pena de Schmitt, o mais destacado teórico político do nazismo. Sua lamentável filiação política fez com que suas observações não merecessem suficiente atenção nas décadas posteriores e menos ainda por parte dos penalistas.

A tarefa que devemos enfrentar não é a simples postulação de sua recusa no direito penal — o que não é tarefa simples em si mesma, dado que se trata de uma presença visível ou invisível, porém constante —, mas precisamente para eliminar essa presença é mister encerrar outro esforço, muito mais amplo: nunca eliminaremos ou reduziremos a presença do *hostis* no direito penal *se antes não verificarmos que se trata de uma cumha de madeira mole por dentro*. O pensamento moderno nos oferece os elementos para proceder a essa verificação, porém cometeríamos um grave erro se, deixando-os de lado, nós nos apoiássemos somente em sua componente contraditória para apresentá-lo como *pós-moderno* ou superador da modernidade, quando, na realidade, não se trata de nada mais do que *um obstáculo do pensamento pré-moderno arrastado contraditoriamente pela modernidade*.

Contra o que foi dito acima se argumentará que o *hostis* dos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso *apenas na estrita medida da necessidade*, ou seja, só se priva o inimigo *do estritamente necessário* para neutralizar seu *perigo*, porém deixa-se aberta a porta para seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus outros direitos. Em outras palavras, esta não seria nada além de uma simples limitação do princípio do Estado de direito imposta pela necessidade e em sua estrita medida.

O que esta resposta desconhece é que, para os teóricos — e sobretudo para os práticos — da exceção, sempre se invoca uma

*necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites*, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder. Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós — nem sequer nós mesmos — fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal. Com isso, o *grau de periculosidade* do inimigo — e, portanto, da necessidade de contenção — dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder.

O conceito mesmo de *inimigo* introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a *periculosidade* e o *dano* do infrator só pode ser o da *periculosidade* e do *dano* (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do *individualizador do inimigo*, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites, uma *Not* que não conhece *Gebot*.

De todo modo e para concluir, o que se discute em doutrina penal é a admissibilidade do conceito de *inimigo* no direito penal (ou no direito em geral) do Estado de direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo.

## 6. Duas palavras sobre o “direito penal”

Se, na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de *inimigo* e este é incompatível com o Estado de direito, o que na verdade seria adequado a ele seria *uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste*

do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios.

Não obstante, para se livrar do efeito perverso do conceito de *inimigo* no direito penal, ou pelo menos para contê-lo, não basta precisar o conceito de *inimigo*; é necessário também precisar previamente o que se entende por *direito penal*.

Embora não seja costume reparar-se nesta necessidade na doutrina em geral, é obrigatório proceder a essa precisão, porque as palavras cujo uso é abusivo tornam-se equívocas. Na linguagem jurídica, o desgaste tem consequências mais graves que em outros âmbitos, justamente pela demanda de precisão semântica que a natureza da função a ser cumprida impõe. Por isso, não parece conveniente — e talvez nem sequer tolerável — avançar sem reparar no deterioramento semântico da própria expressão *direito penal*.

Em qualquer discurso, inclusive no técnico, podem ser encontradas frases como estas:

- (a) *O direito penal não pode combater a pobreza.*
- (b) *O direito penal não apenas essa conduta.*
- (c) *O direito penal não analisou esse tema.*

Trata-se de um mesmo sujeito gramatical, porém com três sentidos semânticos diferentes: a frase a) denota o poder punitivo do Estado como fato, como dado real, sociológico, histórico ou atual; a frase b) refere-se claramente à legislação penal; e a frase c) indica uma omissão da teoria ou doutrina.<sup>33</sup>

Para afinar um pouco o instrumento da palavra, chamaremos, doravante, o sujeito da frase (a) de *poder punitivo*, o da frase (b) de *legislação penal* e reservaremos a denominação *direito penal* para a doutrina jurídico-penal (saber ou ciência do direito penal) da frase (c).

<sup>33</sup> Os equívocos não se esgotam aí, pois poderíamos inclusive acrescentar um outro uso do mesmo sujeito gramatical para designar, por exemplo, a jurisprudência dos tribunais penais ou constitucionais e até pensar em outro que, com a mesma expressão, remete ao reflexo do poder punitivo no imaginário público.

Enquanto que (a) o *exercício real do poder punitivo* é obra das agências executivas do Estado encarregadas da coerção e seu estudo é matéria de disciplinas preferencialmente descritivas, em especial a *criminologia* ou a *sociologia*, a (b) *legislação penal* é produzida pelos órgãos políticos competentes (legisladores) e (c) seu estudo e teorização (legitimadora ou deslegitimadora) destinado à prática e à docência, é o que corresponde ao *direito penal* como ciência, doutrina ou saber jurídico (obra dos juristas).

O resultado da confusão semântica entre estes três sentidos do termo *direito penal* é muito angustiante, pois impede o diálogo, dado que com demasiada frequência se argumenta no plano do sentido de uma das frases mencionadas e se responde no de uma das duas restantes, ou seja, observações da realidade são respondidas com conceitos jurídicos ou com dados legais e vice-versa, em qualquer de suas oito possíveis combinações. Isso configura um verdadeiro caos semântico que em algumas ocasiões se torna desesperador, pois faz parecer que a linguagem perdeu grande parte de sua função comunicativa.

Para o objetivo dos dois capítulos seguintes deste trabalho, que é meramente *verificador*, trataremos conjuntamente do exercício real do poder punitivo e da legislação penal, no primeiro, e da doutrina jurídico-penal, no segundo.

Basicamente, interessa-nos distinguir entre o tratamento oferecido ao *inimigo* ou *estranho* desde a *história* e a *realidade do poder punitivo tal como se o habilitou legislativamente e como operou e opera na sociedade*, e os discursos dos doutrinários ou juristas e dos criminólogos que, em diversas ocasiões, forneceram elementos que facilitaram a racionalização da categoria dos *inimigos* ou *estranhos* de forma mais ou menos aberta e com consequências algumas vezes relativamente prudentes, mas que em outras chegaram até as suas últimas e inevitáveis consequências, legitimando ou postulando diretamente o genocídio.

## II

### O inimigo na prática do exercício real do poder punitivo

#### 1. O poder punitivo da Revolução Mercantil

O ser humano não é concebível fora de relações interativas (de cooperação ou conflito) que vão criando estruturas de poder inicialmente em sociedades pequenas (tribos, clãs), depois em outras mais amplas (nacionais) e, por fim, estendem-se para abarcar o planeta.<sup>1</sup> O poder da Europa foi se ampliando para os outros continentes a partir do século XV sob a forma de *colonialismo*, em seguida (desde o século XVIII) como *neocolonialismo*<sup>2</sup> e a partir do século XX se combina com outras potências desenvolvidas e se exerce como *globalização*.<sup>3</sup> Todas estas etapas foram precedidas por transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, chamadas *revoluções (mercantil, nos séculos XIV/XV; industrial, no século XVIII; e tecnológica, no século XX)*, como pontos de um mesmo processo expansivo do poder.<sup>4</sup>

Cada um destes momentos gerou uma compreensão do mundo e um discurso legitimador e deslegitimador, com *integrados e apocalípticos*,<sup>5</sup> e aparelhou fenômenos violentos em extensão crescente, conforme o incremento do potencial tecnológico de controle e

<sup>1</sup> É muito interessante a perspectiva apresentada por J.R. McNeill y William H. McNeill, *Las redes humanas. Una historia global del mundo*, Barcelona, 2004.

<sup>2</sup> Cf. Darcy Ribeiro, *O processo civilizatório. Estudos de antropologia da civilização*, Petrópolis, 1987, pp. 129 ss.

<sup>3</sup> Ver nosso trabalho "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", em *Nueva Doctrina Penal*, 1999a, reproduzido em *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 3, n° 8, novembro de 1999 – fevereiro de 2000.

<sup>4</sup> Cf. Immanuel Wallerstein, *Utopística o las opciones historicas del siglo XXI*, México, 1998.

<sup>5</sup> Umberto Eco, *Apocalittici e integrati. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Bompiani, 1995.



destruição, até chegar ao presente, em que a vida de todo o planeta azul está em risco.<sup>6</sup>

O exercício do poder planetário necessitou sempre de uma certa forma de poder interno nas potências dominantes, pois *não se pode dominar sem organizar-se previamente de forma dominante*. Por isso, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder, teve antes de reordenar suas sociedades com base numa forte hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades),<sup>7</sup> para o que retomou um exercício de poder interno que fora praticado pela grande potência conquistadora precedente (Roma) e que, com o fim daquele império, havia desaparecido:<sup>8</sup> isto é, o *poder punitivo*.

A característica diferenciada do poder punitivo é o *confisco do conflito*, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é *vítima* por parte do *senhor* (poder público), degradando a pessoa lesada ou *vítima* à condição de puro *dado* para a criminalização. Os paliativos que hoje se ensaiam para não vitimizar pela segunda vez não conseguem dissimular a essência confiscatória da vítima que caracteriza o poder punitivo e, menos ainda, podem garantir sua

<sup>6</sup> Cf. Nicolas Skrotzky, *Guerres: crimes écologiques*, Paris, 1991.

<sup>7</sup> Sobre a clássica distinção entre a sociedade horizontal ou comunidade (*Gemeinschaft*) e a vertical ou corporativa (*Gesellschaft*), ver a obra clássica de Ferdinand Tönnies, *Comunidade y sociedad*, Buenos Aires, 1947; também seus *Principios de Sociologia*, México, 1946; a estigmatização da comunidade em Robert Redfield, *Yucatán. Una cultura en transición*, México, 1944.

<sup>8</sup> Especialmente por obra do direito germânico e da composição. Ver Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 21 e ss.; Heinrich Siegel, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin, 1886, pp. 13 e ss.; Hugo Hoegel, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*, Viena, 1904, pp. 3 e ss.; H. Rüping, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, 1991; sobre o direito penal romano, Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*, Paris, 1845, pp. 248 e ss.; T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlin, 1899 (trad. espanhola de Pedro Dorado, Madri, s.d.).

anulação.<sup>9</sup> Só quando se retira o conflito desse modelo e ele é resolvido de acordo com um dos outros modelos de decisão de conflitos chega-se a uma solução; porém, nessa condição, o poder punitivo desaparece, porque, por definição, teremos saído de seu modelo.

O certo é que, desde o momento da confisco da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, consequentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder; bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social.

Esse formidável instrumento de verticalização social proporcionou às sociedades europeias uma férrea organização econômica e militar (e a homogeneidade ideológica<sup>10</sup>) indispensáveis para o êxito do genocídio colonialista, ou seja, dotou-as de uma estrutura e de uma organização *colonizadoras*. Roma não teria logrado conquistar a Europa,<sup>11</sup> nem a Europa teria conseguido conquistar a América e a África<sup>12</sup> sem a poderosa verticalização interna que resultou da *confiscoção das*

<sup>9</sup> De toda forma, o desenvolvimento alcançado pela vitimologia é um claro sinal da crescente consciência a respeito da coisificação da vítima (por exemplo, Antonio Beristain, *Nueva Criminologia desde el Derecho Penal y la Victimologia*, Valencia, 1994; Ester Kosovski (org), *Victimologia. Enfoque interdisciplinar*, Rio de Janeiro, 1994; Ester Kosovski, Heitor Piedade Júnior e Eduardo Mayr, *Victimologia em debate*, Rio de Janeiro, 1990; Elías Neuman, *Victimologia. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1994.

<sup>10</sup> *¿Qué necesitan hoy los que suben al poder aparte una buena tropa, aguariente y salchichón? Necesitan el texto* (André Glucksmann, *Los maestros pensadores*, Barcelona, 1978, p. 43).

<sup>11</sup> Em Roma, a estrutura conquistadora criada pela *nobilitas* barrou as instituições da República (cf. José Luis Romero, *La crisis de la República Romana*, Buenos Aires, 1942).

<sup>12</sup> Sobre a colonização como fenômeno mundial, com suas múltiplas aparições em diferentes épocas: Marc Ferro, *La colonización. Una historia global*, México, 2000.

vítimas como pretexto para vigiar, disciplinar e neutralizar os disfuncionais. Sem esse instrumento a Europa tampouco poderia ter controlado os países colonizados, onde impôs formas hierarquizantes próprias, para convertê-los em imensos campos de concentração,<sup>13</sup> vale dizer, dotando-os de estruturas e organizações colonizadas.

Os exércitos conquistadores foram apenas à expressão visível de outros, muito maiores, que eram as próprias sociedades ou nações colonizadas, estruturadas corporativamente, hierarquizadas e dotadas de uma ideologia única, que não admitia dissidências.

Esses exércitos imensos foram armados a partir de pequenas células controladoras (famílias) comandadas por um *suboficial* (*pater*), a quem eram submetidos as mulheres, os velhos, os servos, os escravos, as crianças e os animais domésticos, enfim, todos os inferiores biológicos ao *pater*, o qual, segundo o direito civil tradicional, respondia e continua respondendo pelos danos causados por seus subordinados. Os romanos *sacrificaram sem reservas seu livre arbítrio à liberdade política; aprenderam muito cedo a obedecer a seus pais, para aprender; depois, a obedecer ao Estado.*<sup>14</sup> A obediência *devida* como eximente ou como atenuante de responsabilidade penal tem origem doméstica, privada.<sup>15</sup> Daí a importância do conteúdo da sexualidade, e as consequentes misoginia e homofobia, como elemento disciplinador, ao qual as leis — obcecadas por reprimir toda

<sup>13</sup> Para uma visão de conjunto, *El libro negro del colonialismo. Siglos XVI a XXI: del exterminio al arrepentimiento*, dirigido por Marc Ferro, Madrid, 2005.

<sup>14</sup> Theodor Mommsen, *Historia de Roma, I. De la fundación a la República*, Madrid, 1962, p. 55.

<sup>15</sup> Chega-se à codificação através da tradição inglesa, uma vez que não faz parte da francesa. Entre os práticos franceses, Muyard de Vouglans (*Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*, Paris, 1762, I, p. 9) não a mencionava, nem tampouco aparece nos códigos revolucionários de 1791 e napoleônico de 1810. Já Blackstone a expõe, sem limitá-la à obediência civil ou ao superior, mas apresentando-a com um amplo jogo na obediência doméstica (*Commentaries sur les lois anglaises*, trad. de N. M. Chompré, Paris, 1823, V, pp. 232-233).

manifestação *dionisiaca*, considerada diabólica por seu potencial de indisciplina<sup>16</sup> — dedicaram, desde a Idade Média, mais espaço do que à regulação da propriedade,<sup>17</sup> o que se reflete também na manualística.<sup>18</sup>

O discurso teocrático, usado durante a primeira etapa da planetarização do poder, apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizados rebeldes<sup>19</sup> e as mulheres desordeiras.<sup>20</sup> O *inimigo* desta empresa, depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã,<sup>21</sup> o que deu lugar à primeira de uma longa lista de *emergências*,<sup>22</sup> que seguiriam pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um *inimigo*.

<sup>16</sup> Cf. Norman O. Brown, *La vita contro la morte. Il significato psicoanalitico della storia*, Bompiani, 1986, pp. 183 ss.

<sup>17</sup> Ver a pormenorizada investigação de James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*, México, 2000.

<sup>18</sup> Como prova basta ver a 1ª Parte, questão VI de H. Krämer/J. Sprenger, *Il martello delle streghe*, Veneza: Marsilio Ed., 1995, pp. 85-96 (trad. bras. *O martelo das feiticeiras*, Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 2005, 18ª ed.).

<sup>19</sup> Sobre a resistência colonizada, Richard Price (org.) *Sociedades cimarronas. Comunidades esclavas rebeldes en las Américas*, México, 1981; Daniel Valcárcel, *La rebelión de Tipac Amaru*, México, 1965; Ramiro Condarco Morais, *Zárate, el temível Willka. Historia de la rebelión indígena de 1899*, La Paz, 1965.

<sup>20</sup> Também ocupou-se dos pactos diabólicos na colônia. Ver Fray Andrés de Olmos, *Tratado de hechicerías y sortilegios*, 1553, Edição de Georges Baudot, UMAM, México, 1990, p. 47.

<sup>21</sup> Ver Alberto Cousté, *Biografía do diabo: O diabo como a sombra de Deus na história*, Rio de Janeiro, 1997.

<sup>22</sup> Sobre o conceito de “emergência”, Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, cit.; William Frey Pérez Toro; Alba Lucía Vanegas Yepes e Carlos Mario Alvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal*, cit., p. 56.

Desde sua própria origem, o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe medo,<sup>23</sup> neste caso sobre a velha crença vulgar europeia nos *maleficia* das bruxas,<sup>24</sup> admitida e ratificada abertamente pelos acadêmicos de seu tempo.<sup>25</sup>

Com singular presteza, o modelo inquisitorial foi seguido pelos tribunais laicos e generalizou-se.<sup>26</sup> Quando, no século XVI, a inquisição romana entrou em decadência, o modelo permaneceu nas mãos do poder político e os inimigos eram os hereges ou os reformistas, que protagonizavam o espetáculo patibular e festivo das execuções públicas nas principais praças de todas as cidades da Europa. Na Espanha, os principais *inimigos* nunca foram as bruxas – embora muitas tenham sido eliminadas<sup>27</sup> –, mas sim os opositores do monarca, acusados de hereges ou dissidentes, isto é, de *hostis judicatus*, prolongando-se a Inquisição até o século XIX.<sup>28</sup>

Fora da Europa, o poder colonialista legitimado por estes discursos exerceu-se sob a forma de genocídio, eliminando a maior par-

<sup>23</sup> Sem uma base de medo correspondente a um preconceito, é impossível construir um inimigo. Sobre o mecanismo de medo e sua manipulação, a análise fina e embasada de Vera Malaguti Batista, *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>24</sup> Para uma ampla investigação sobre estes preconceitos, ver Norman Cohn, *Los demonios familiares de Europa*, Madri, 1980.

<sup>25</sup> Cf. Os verbetes “fascinación” [“fascinação”] e “maleficia” [malefício], em Russell Hope Robbins, *Enciclopedia de la brujería y demonología*, Madri, 1988.

<sup>26</sup> Sobre esta adaptação e suas dificuldades, Massimo Vallerami, *La giustizia pubblica medievale*, Bolonha, 2005.

<sup>27</sup> Ver Julio Caro Baroja, *Las brujas y su mundo*, Madri, 1995, e *Vidas mágicas y inquisición*, Madri, 1992.

<sup>28</sup> Ver Juan Antonio Llorente, *Memória histórica sobre qual ha sido la opinión nacional acerca del Tribunal de la Inquisición, leída en la Real Academia da Historia*, Madri, Imprenta Real, 1812 (ed. facsimile, Valladolid, 2002); especificamente sobre o processo penal e características da seletividade desta Inquisição, Ricardo Juan Caballero, *Justicia inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición española*, Buenos Aires, 2003.

te da população americana,<sup>29</sup> desbaratando suas organizações sociais e políticas e reduzindo os sobreviventes à condição de servidão e escravidão. A exigência de mão-de-obra extrativa determinou o tráfico escravista africano,<sup>30</sup> levado a cabo por comerciantes ingleses, franceses e holandeses, que compravam prisioneiros e inimigos dos régulos da costa da África, provocando, deste modo, a destruição das culturas pré-coloniais dos dois continentes.<sup>31</sup>

Esta iniciativa teve por objeto o estabelecimento e a exploração de uma economia extrativa que produziu uma enorme quantidade de matérias-primas e meios de pagamento,<sup>32</sup> que as potências colonizadoras ibéricas não souberam aproveitar convenientemente, porque a extrema hierarquização de suas estruturas internas as privava de qualquer flexibilidade. Em consequência, elas acabaram debilitando-se e abrindo espaço para o fortalecimento das potências neocolonizadoras,<sup>33</sup> o que deu origem ao

<sup>29</sup> A inferioridade dos índios e sua duvidosa humanidade justificavam qualquer brutalidade. A esse respeito, ver os doutos discursos dos cientistas da época em Antonello Gerbi, *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*, México, 1978.

<sup>30</sup> Sobre o tráfico, ver Hubert Lechamps, *Storia della tratta dei negri*, Arnoldo Mondadori, 1971; Hugh Thomas, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, 1998; Joseph E. Inikori, *La trata negra del siglo XV al XIX*, Barcelona, 1981; Richard Graham, *Escravidão, reforma e imperialismo*, São Paulo, 1970; José Luciano Franco, *Comercio clandestino de esclavos*, La Habana, 1985; Diego Luis Molinari, *La trata de negros. Datos para su estudio en el Rio de la Plata*, Buenos Aires, 1944. Para um panorama completo das ideologias legitimadoras e deslegitimadoras deste tráfico, ver David Brion Davis, *O problema da escravidão na cultura ocidental*, Rio de Janeiro, 2001.

<sup>31</sup> Ver Pierre Duviols, *La destrucción de las religiones antiguas durante la conquista y la colonia*, México, 1977; Angel M. Garibay K./Miguel Leon Portilla, *La visión de los vencidos*, México, 1961; Robert Jaulin, *El etnocídio a través de las Américas*, México, 1976.

<sup>32</sup> Ver, por exemplo, Walter Rodney, *De como Europa subdesarrolló a África*, México, 1982.

<sup>33</sup> Ver Maurice Niveau, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977.

capitalismo moderno, mediante o deslocamento da hegemonia mundial da Espanha e de Portugal para as potências do centro e do norte da Europa.<sup>34</sup> A férrea hierarquização que viabilizou a colonização impediu o desenvolvimento do capitalismo na Península Ibérica, marcando a decadência daquele império.

Desde esta primeira etapa é possível observar como se desenvolveram os núcleos axiais do *hostis* romano, a partir do qual o poder punitivo real sempre considerou *inimigos* os *patibulários* ou autores de crimes graves, que nunca constituíram um problema, uma vez que seu destino inexorável era a eliminação física. O *hostis judicatus* ou inimigo político tampouco representava um problema maior, pois, em geral, também era eliminado, mesmo quando pertencia às classes invulneráveis.

As dificuldades eram criadas sempre pelos *indesejáveis* que reincidem em comportamentos de menor gravidade ou que, simplesmente, se manifestam de forma indisciplinada. Estes seriam os *inimigos* ou *extranhos* mais complicados, pois requerem vigilância, uma vez que, aos olhos do poder, são sempre potencialmente perigosos. As dificuldades foram acentuadas com o crescimento das cidades e o consequente enfraquecimento do controle social rural, espontâneo e estrito; se, no começo, também os *indesejáveis* eram eliminados, o caráter gregário do ambiente urbano, que além disso favorece a circulação de informações, foi pouco a pouco tornando mais difícil o apelo a esse método: não só aqueles *indesejáveis* tendiam a aglutinar-se e multiplicar-se como a população dificilmente toleraria a matança indiscriminada e em massa.

Em consequência, não é de causar espanto a afirmação de que, em todas as épocas, com maior ou menor crueldade — segundo as condições e circunstâncias —, a tendência tenha sido a de uma repressão penal plural, de acordo com a qual os autores de delitos graves (*patibulários*) e os *dissidentes* foram eliminados, os marginais ou *indesejáveis* foram neutralizados e, finalmente, os *ocasionais* foram tratados como pessoas semelhantes àquelas que detinham o poder ou a seus aliados: assim, teriam cometido erros pas-

<sup>34</sup> Cf. G.D.H. Cole, *Introducción a la historia económica*, México, 1963, pp. 51 e ss.; Antonio Cortese, *Historia económica social y general*, Buenos Aires, 1966, pp. 116 e ss.

sageiros, merecendo uma certa benevolência nos poucos e raros casos em que eram submetidas ao poder punitivo.

Essas tendências são claramente observadas no colonialismo, ou seja, na primeira etapa do processo de constituição do poder planetário, quando a distinção no exercício do poder punitivo era muito nítida, fossem seus destinatários *iguais* ou *extranhos*, *amigos* ou *inimigos*.

Os *iguais* mereceram especial consideração, tendo em conta a altíssima seletividade do poder punitivo da época, que quase nunca os atingia. Como *extranhos* ou *inimigos*, eram também considerados os autores de *delitos graves* e os *dissidentes políticos*. Com relação a eles a pena de morte pública era prodigamente distribuída como espetáculo festivo nas praças. Essa prática, sem dúvida, reaffirmava a vigência das normas de modo mais concreto que simbólico e, ao mesmo tempo, cumpria a função de contenção, dado que o executado era *neutralizado* por toda a eternidade.

Não é possível falar de *cidadania* neste período, pois o conceito sequer existia. Tratava-se de *súditos*, porém o círculo de súditos privilegiados era reduzido, de modo que a grande maioria era composta pelas classes subalternas, que deviam ser mantidas nessa condição. Eram considerados *indesejáveis* os inimigos indiretos, aqueles que, com sua conduta, desafiavam a férrea ordem vertical e se distinguiram dos *simplesmente inferiores* — destinados à exploração pura e simples —, que apenas em caso de indisciplinada eram punidos exemplarmente, com horríveis torturas, para evitar qualquer desvio em sua domesticação extrativa. Por isso, os *indesejáveis* também deviam ser eliminados, como remédio preventivo para a eventual indisciplinada dos inferiores e, para isso, recorria-se sempre à pena de morte, embora existisse como alternativa a eliminação um tanto mais lenta, mediante a incorporação forçada aos exércitos<sup>35</sup> ou a produção de energia motriz (pena de *galés*).<sup>36</sup>

<sup>35</sup> A incorporação aos exércitos era imposta administrativamente mediante as *leis de recrutamento*. Elas representaram as primeiras *medidas de segurança* coloniais e foram mantidas mesmo depois da independência.

<sup>36</sup> Ver Félix Sevilla y Solanas, *Historia Penitenciaria Española (La galera)*, *Apuntes de archivo*, Segovia, 1917; Michel Bourdet-Pléville, *Galeotes, forzados y penados*, Barcelona, 1963.

## 2. A revolução inquisitorial: o sequestro de Deus

É impossível compreender a operatividade deste poder punitivo como instrumento indispensável para se organizar as estruturas sociais, colonizadoras primeiro e colonizadas depois, sem levar em conta a enorme transformação cultural que seu surgimento provocou, associado ao modelo inquisitorial que o acompanhava.

O poder punitivo havia desaparecido em grande medida com o ocaso de Roma e a generalização do feudalismo, renascendo nos séculos XII e XIII. Até então, a conflitividade era resolvida mediante a luta, como *ordália* ou presença direta de Deus na tomada de decisões.<sup>37</sup> A *ordália* do *dolo* era a via pela qual Deus expressava sua decisão e, por conseguinte, decidia sobre a verdade. O juiz era uma espécie de árbitro que zelava pelo respeito às regras, para que não houvesse sofismas que desvirtuassem ou impedissem a expressão clara da vontade divina. As partes – ou seus representantes – lutavam e o vencedor era o portador da verdade; sua condição era a prova de sua razão.

Com o surgimento do poder punitivo, abandonou-se a luta e a verdade começou a ser estabelecida através do interrogatório ou *inquisitio*. O sujeito de conhecimento – *inquisidor* (interrogador ou investigador) – pergunta ao objeto de conhecimento – *inquirido* (interrogado ou investigado) – e deste modo obtém a verdade. Se o objeto não responde o suficiente ou o faz sem a clareza ou a precisão demandada pelo sujeito, é violentado até a obtenção da resposta (mediante tortura). O inquisidor ou interrogador deixa de ser um *árbitro* e passa a ser um *investigador*;<sup>38</sup> a virtude está do seu lado porque exerce o poder do soberano, dado que este se considera *vítima* (usurpa ou confisca o papel da vítima). Deus já não decide entre dois iguais como partes, mas sim está sequestrado pelo senhor, pelo *dominus*.

Afirmou-se que esta forma de obter a verdade passou do processo penal a todo o saber humano e que a luta ou *disputatio*, que era a via

<sup>37</sup> Para mais detalhes, ver Giorgia Aissi, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2005, pp. 12 e 24.

<sup>38</sup> Massimo Vallerani, em *La giustizia pubblica medievale*, Bolonha, 2005, identifica a distinção expressa entre as duas funções muito precocemente, em 1141 (p. 23).

de obtenção da verdade de todo o saber (astrologia, alquimia, medicina dedutiva), cedeu seu lugar à *inquisitio* (interrogação do sujeito cognoscente ao objeto de conhecimento), com o que a astrologia se transformou em astronomia, a alquimia em química, a medicina dedutiva em empírica etc.<sup>39</sup> Ainda que não se concorde com essa afirmação, o certo é que existe uma sugestiva coetaneidade nessa transformação.

A *inquisitio* não deve ser identificada com nem se limitar à *Inquisição romana*, que foi uma instituição centralizadora do poder do Papa,<sup>40</sup> nem tampouco com a *Inquisição ibérica* a serviço do poder régio,<sup>41</sup> mas sim com o que se praticou como modo de estabelecimento da verdade em todos os tribunais laicos,<sup>42</sup> tendo sido esta – como vimos – a prática comum da *justiça* que acompanhou a revolução mercantil e o colonialismo. A virtude estava sempre sequestrada pelo poder e, por conseguinte, Deus também permanecia prisioneiro dele. O poder que surgiu desta transformação é o poder do senhor, do *dominus*, que monopolizava o bem, e quem se lhe opunha era sempre o mal.

A necessidade ou *apetite de verdade* do *dominus* (sujeito cognoscente) legitimava a violência contra o objeto de conhecimento, sem que este fosse culpável. O *dominus* é quase infinitamente bom ou, se não for, Deus, que é seu prisioneiro, e; por isso o *dominus* necessita – para concretizar essa bondade – ser também quase infinitamente *sábio*; conseqüentemente, nada podia opor-se ao seu *voraz appetite de verdade*. A infinita bondade do *dominus* se manifestava em sua generosa empresa libertadora dos males cósmicos que ameaçavam todos, e que se expressavam em Satã, através da bruxaria ou da heresia.

<sup>39</sup> Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

<sup>40</sup> A perseguição aos cátaros foi oficializada em 1215; ver, entre outros, Franco Cardini, em “Commento” a Bernard Gui, *Manuale dell'inquisitore*, Milão, 1998, p. XVIII.

<sup>41</sup> Ver Joseph M. Walker, *Historia de la Inquisición española*, Madrid, 2001; Henry Kamen, *La Inquisición española. Una revisión histórica*, Barcelona, 1999.

<sup>42</sup> A *inquisitio* foi designada como a quarta forma de estabelecer o processo (depois da acusação, da denúncia e da notoriedade) por volta de 1215 (cf. Massimo Vallerani, op. cit., p. 35).

Ao suprimir Deus, esta argumentação, posteriormente laicizada, deixou como bem supremo o próprio *saber*, de modo que, nos *saberes* (ciências), Satã foi substituído pela *ignorância*. A ignorância será o *mal* e o saber o *bem*; todo saber abrirá a consciência e libertará, toda ignorância será escravizante, o saber é sempre luminoso e progressista, a ignorância é obscura e atrasada. Portanto, nada pode deter a marcha do acesso à *verdade* e, assim, o insaciável *apetite de verdade* — para não dizer *glotoneria e voracidade de poder* — do sujeito cognoscente seguirá em frente, sem deter-se diante da violência sobre o objeto de conhecimento. O sujeito cognoscente, por essência, estará sempre num plano superior ao do objeto de conhecimento, pois assim o requer a própria estrutura desta forma de conhecimento.

Nasceu, deste modo, um saber de *dominus*, que necessita sempre saber mais, sob a argumentação de que isso é imprescindível para libertar-nos dos males cósmicos. Será um saber de senhores, senhorial, dominante, às vezes sádico. Nessa passagem da *disputatio* para a *inquisitio* surge um *saber que busca sempre o poder*, ou seja, o sujeito interroga sempre o objeto para dominá-lo. Porém, por efeito do próprio mecanismo deste *saber*, o *subjectus* não só ocupa a posição dominante como também acaba, ele mesmo, dominado no exercício do seu saber (poder), pois é empurrado ou lançado (*jogado*) para baixo (*sub*), pelo peso do próprio *objectus* que se projeta (*yecta*) contra (*ob*).

Esta dinâmica se explica porque o interrogador sempre pergunta *para poder* e, em consequência, só lhe interessa a parte da resposta que lhe outorga esse poder, porém o *ente* interrogado não sabe disso e, ademais, não tem outra forma de responder senão com toda a sua *entidade* (a pedra com sua *pedridade*, a vaca com sua *vaquidade* etc.). O interrogador não está preparado para esta resposta, não suporta toda a *entidade* que o interrogado lhe arremete, lhe *projeta* (*jectus*) contra (*ob*), e deste modo vai ficando achatado (empurrado para baixo, *subjectus*, sujeito do) pelo peso das respostas enitativas, que não quer processar porque não são necessárias ou úteis ao seu objetivo de poder e que, mesmo que quisesse, tampouco poderia fazê-lo, porque está treinado para não escutá-las.

Talvez seja esta a *essência mesma do fenômeno da perda de controle humano ou autonomização da tecnologia*. Uma técnica orientada unicamente para a acumulação de *saber para poder* buscar uma acumulação progressiva e infinita de poder que alguns interpretam como uma evasão à finitude do ser humano — a não-elaboração da morte — que neurotiza toda a cultura industrial.<sup>43</sup> Por outro lado, quando o objeto de conhecimento é o próprio ser humano, não resta outro recurso ao *subjectus*, para conservar sua posição de *dominus*, senão *hierarquizar* os seres humanos, incorrendo em todas as formas de discriminação e eventuais crueldades imagináveis.

A interrogação violenta de todos os objetos a serem conhecidos e a hierarquização de seres humanos são duas condicionantes que partem da necessidade de conhecimento (*apetite de saber*) do poder que, ao mesmo tempo, é árbitro do *bom* e, portanto, o único capaz de definir o *mau* e assinalá-lo como *inimigo*, como *hostis*.

Neste esquema, o *sequestro de Deus* garante a legitimidade do conhecimento inquisitorial do *dominus*, pois, como se supõe que seu saber (poder) sempre se dirige ao bem, todo poder que se exerce na procura desse saber não deve ser obstaculizado, uma vez que o *mau* significa, justamente, obstaculizar o bom. Deste modo o uso da violência fica autorizado — e inclusive se impõe — contra qualquer obstáculo (*objectus*) que se lhe oponha. Embora não pareça razoável comparar um inquisidor a um investigador científico, o certo é que tanto a tortura quanto a vivisseção são consideradas *como um bem na inquisitio*, porque o *dominus* garante, com isso, que a *humanidade seja salva* diante das emergências (Satã, enfermidade, degeneração etc.). Todo obstáculo ao saber inquisitorial do *dominus* é *inimigo* do bem e aliado do *mal*.

Nesse sentido, é factível resgatar o valor da famosa expressão *a ciência não pensa*,<sup>44</sup> ao menos no sentido de que, *sem ética que limite sua animosidade para com todos os obstáculos ao poder*, a *ciência caminha para o Holocausto*, o que equivale dizer que o po-

<sup>43</sup> Assim, Norman O. Brown, *La vita contro la morte*, cit.

<sup>44</sup> Martín Heidegger, *Ormai solo un Dio ci può salvare. Intervista con lo Spiegel*, Parma, 1987.

der do *dominus* sem ética marcha para o genocídio e para o *ecocídio* pelo caminho da *inquisição*.

Esta foi, sem dúvida, a maior revolução protagonizada pela *Inquisição* mediante a substituição da *disputatio* (estabelecimento da verdade por luta) pela *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogatório). Dessa perspectiva, pode-se afirmar que a *Idade Média não terminou e está longe de terminar*. Dependerá da capacidade humana de transformação do conhecimento a substituição da *inquisitio*, algum dia, pelo *dialogus*, em que o saber não seja mais do *dominus* e sim do *frater*. Porém, a mera perspectiva desta possível mudança civilizatória mostra a formidável medida em que o problema *transcende o campo do penal para converter-se em uma questão central da cultura universal*. Pretender ignorar esta dimensão e resolver a questão como um simples problema de política criminal, passível de ser liquidado em poucas páginas, é uma ingenuidade insustentável, ou melhor, uma limitação de conhecimento inadmissível por seu altíssimo nível de isolamento com relação aos outros saberes.

Dai resulta claramente que a *animosidade* não é só — nem muito menos — uma questão do poder repressivo, sem um condicionamento cultural do modo de saber inquisitorial, que é próprio da civilização que nasceu com o poder punitivo e se planetarizou em um processo crescente a partir da revolução mercantil e dos genocídios colonizadores.

Este saber inquisitorial de *dominus* se acumula como saber senhorial tecnológico em uma reta de pretenso progresso linear e infinito, que condiciona a ideia que a civilização planetária tem do tempo: o *tempo linear*. A concepção linear do tempo está intimamente vinculada à *vingança*, a ponto de depender dela: *a vingança é sempre vingança contra o tempo*, dado que não é possível, numa concepção linear, fazer com que o que foi não tenha sido. *A vingança é contra o que foi e já não pode ser de outro modo ou voltar a ser. O humano é prisioneiro do tempo e do seu "foi"*. *A vingança é uma necessidade da concepção linear do tempo*.<sup>45</sup>

Não seria correto continuar o desenvolvimento das teses enunciadas sem advertir a magnitude civilizatória do problema do *inimigo* e, conseqüentemente, a *contradição básica latente na cultura, que se traduz numa incompatibilidade de fundo entre a concepção antropológica que serve de base aos Direitos Humanos e a ideia inevitável de vingança, dependente da noção do tempo linear; própria de uma forma medieval de conhecimento inquisitorial que legitima a violência do poder (saber), necessariamente condicionante da hierarquização de seres humanos*.

Definitivamente, o direito penal não fez mais do que traduzir esta contradição durante oito séculos e empenhar-se teoricamente, nos dois últimos, em *compatibilizar o incompatível*. Dai que, com base nestas observações próprias da antropologia cultural, se possa explicar — sem surpresa alguma — a constante facilidade com que se introduz o *inimigo* ou *extraneus*, o *hostis*, na realidade operativa do poder punitivo e na sua correspondente teorização legitimadora.

### 3. O poder punitivo da Revolução Industrial

O panorama inquisitorial manteve-se mais ou menos puro até a Revolução Industrial, que suscitou mudanças que não macularam o controle penal diferenciado, porém o atenuaram, embora às vezes mais no discurso do que na prática. Não obstante, assentada a nova classe hegemônica de industriais e comerciantes no poder, reafirmou-se a *dualidade de tratamentos penais*: embora tenham sido mantidas as garantias para os *iguais*, poucas mudanças foram introduzidas para os *estranhos*.

O surgimento e o desenvolvimento de uma nova e poderosa classe social, como a dos industriais e comerciantes, em concorrência com a classe estabelecida — nobreza e clero —, determinou que a primeira procurasse, por todos os meios, debilitar o poder da velha classe hegemônica e, como capítulo fundamental dessa empresa, tratasse de reduzir o poder punitivo, que era uma de suas principais armas de dominação. Esse esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe social.

Ainda que a aplicação da pena de morte tenha se limitado aos *criminosos graves* (assassinos) e aos *dissidentes* (a *Comuna de Pa-*

<sup>45</sup> Cf. Friedrich Nietzsche, "Also sprach Zarathustra, II, Von der Erlösung", em *Werke in vier Bänden*, Karl Müller Verlag, Erlangen, s.d., I, p. 409.

ris, por exemplo<sup>46</sup>), a lógica permanecia: com a eliminação física, eles deixavam de constituir um problema. As dificuldades, como assinalamos, manifestaram-se em relação aos *indesejáveis*, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial<sup>47</sup> e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade,<sup>48</sup> a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional<sup>49</sup> ou então a deportação (especialmente adotada pela Grã-Bretanha e pela França,<sup>50</sup> mas também pela Argentina<sup>51</sup>). Dito de

<sup>46</sup> Cf. Georges Bourgin, *La Comuna*, Buenos Aires, 1962.

<sup>47</sup> Ver Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origine dello sistema penitenziario*, Bolonha, 1979 [trad. bras. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário*. Rio de Janeiro, Revan, 2006].

<sup>48</sup> Sobre a mortalidade nas prisões espanholas, ver Rafael Salillas, *La vida penal en España*, Madri, 1888, pp. 54 e ss.; na França, Pedro Kropotkin, *Las prisiones*, trad. da Juventud Literaria, Buenos Aires, s.d. (1900 circa); Michel Bourdet-Pléville, op. cit., pp. 101 e ss.; Jacques-Guy Petit, *Ces peines obscures, La prison pénale en France 1780-1875*, Paris, 1990.

<sup>49</sup> Formalmente em prisões preventivas, cf. Concepción Arenal, *Estudios Penitenciarios*, Madri, 1877.

<sup>50</sup> Sobre a deportação inglesa para a Austrália, Robert Hughes, *La costa fatiada*, Barcelona, 1989; John Hirst, "The Australian Experience: The Convict Colony", em Norval Morris e David J. Rothman (ed.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Oxford, 1995, pp. 263 e ss.; sobre a deportação francesa: Édouard Teisseire, *La transportation pénale et la relegation d'après les Lois de 30 Mai 1854 et 27 Mai 1885*, Paris, 1893; C. O. Barbaroux, *De la transportation*, Paris, 1857; Michel Bourdet-Pléville, *Galeotes, forzados y penados*, cit.; H. Donnedieu de Vabres, *A Justiça penal hoje*, São Paulo, 1938, p. 102. Contra a opinião de Concepción Arenal, Salillas a propôs para a Espanha: Rafael Salillas, *La vida penal en España*, cit.

<sup>51</sup> Ver C. Muratgia (org.), *Presídio y cárcel de reincluidos. Tierra del Fuego. Antecedentes*, Buenos Aires, s.d. (1910 circa); também Arnoldo Cancilini, *Ushuaia 1884-1984. Cien años de una ciudad argentina*, editado pela Prefeitura de Ushuaia, 1984; Ricardo Rojas, *Archipiélago (Tierra del Fuego)*, Buenos Aires, 1942.

outro modo, embora a prisão tenha substituído, em muitos casos, a morte e formalmente tenha-se convertido na coluna vertebral do sistema penal, ela significava uma verdadeira pena de morte aleatória nas metrópoles, da mesma forma que a pena de deportação,<sup>52</sup> substituída do *recrutamento* e das *galés*, quando estes se tornaram insustentáveis em razão da profissionalização dos exércitos e da introdução da navegação a vapor.

Cabe observar que um dos fatores mais importantes para a transformação parcial do poder punitivo foi a concentração urbana, que aumentou consideravelmente o número dos *indesejáveis* e também as dificuldades do seu controle social,<sup>53</sup> desconhecidas nas sociedades rurais, com forte controle e escassa circulação de informações.

Embora o século XIX tenha introduzido grandes novidades legislativas, não se pode negar que o círculo de *iguais* continuava sendo muito reduzido em todo o planeta, inclusive nos países centrais ou, um tanto apressadamente, considerados — a julgar por sua conduta no século XX — *mais civilizados*. A Itália *saboiana*, a França *bonapartista* do Primeiro e do Segundo Império, a Alemanha *guilhermina*, a Espanha *burgônica*, a Grã Bretanha *vitoriana* eram sociedades onde as grandes maiorias constituíam classes potencialmente *perigosas*, excluídas da cidadania real e mesmo formal.<sup>54</sup> O mesmo acontecia nos Estados Unidos, onde os afro-americanos foram resgatados da escravidão através da Guerra de Secessão, precipitada por uma sentença da Corte Suprema que os considerava

<sup>52</sup> A primeira experiência de deportação para a Guiana Francesa terminou com a morte de todos, tanto deportados como do pessoal administrativo. Cf. Paul Mury S.J., *Les Jesuites à Cayenne. Histoire d'une mission de vingt-deux ans dans les penitenciers de la Guyane*, Estrasbourg-Paris, 1895.

<sup>53</sup> Sobre o aumento do interesse pela questão criminal nas concentrações urbanas devido ao temor das elites, Marcos César Alvarez, *Bacharéis, criminologistas e juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, São Paulo, 2003, p. 62.

<sup>54</sup> Sobre a evolução do direito eleitoral na Grã-Bretanha, Simon Schama, *Auge y caída del Imperio Británico, 1776-2000*, Madri, 2004.



seres;<sup>55</sup> de todo modo, eles continuaram socialmente relegados por muitas décadas e mesmo alguns daqueles que haviam lutado pela abolição os consideravam estrangeiros e elaboravam projetos para deportá-los em massa para a África ou para o México.<sup>56</sup>

#### 4. O poder punitivo na periferia neocolonizada

Usado como instrumento verticalizador das sociedades colonialistas e neocolonialistas, nas sociedades colonizadas o poder punitivo ou repressor foi empregado para convertê-las em *imenesos campos de concentração* para os nativos (dado que todos eram considerados biologicamente inferiores).<sup>57</sup> O desavergonhado lema escrito sobre as portas dos campos de concentração — *O trabalho liberta (Arbeit macht frei)* — era uma síntese gros-

<sup>55</sup> A sentença teve dois votos dissidentes. O texto diz literalmente: "The words 'people of the United States' and 'citizens' are synonymous terms, and mean the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institutions, form the sovereignty, and who hold the power and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the 'sovereign people,' and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. The question before us is, whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word 'citizens' in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate [60 U.S. 393, 405] and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them" (U.S. Supreme Court, Dred Scott Ver Sanford, 60 US 393, 1856).

<sup>56</sup> Cf. Eli Ginzberg e Alfred S. Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1968; também C. Gortler, *Historia de los negros en los Estados Unidos*, Madri, 1968; Stetson Kennedy, *Introduction à l'Amérique raciste*, Paris, 1955.

<sup>57</sup> Sobre as visões europeias da América, Antonello Gerbi, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900*, México, 1982.

seira das premissas colonialistas: *os colonizados deviam trabalhar e submeter-se para aprender a serem livres*.<sup>58</sup>

Como os mestiços eram *menos domesticáveis* que os nativos puros,<sup>59</sup> desestimulou-se a mestiçagem (*apartheid*) e os mestiços existentes foram considerados *desequilibrados* (degenerados morais).<sup>60</sup> O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (asimilando-os lombrosianamente<sup>61</sup> às crianças e aos selvagens) e os mestiços como *loucos morais* em potencial.<sup>62</sup> Deste modo, racionalizava-se sua exclusão e convertiam-se os mais rebeldes em inimigos (*selvagens*, inimigos da *civilização*, do *progresso* etc.).

O exercício do poder repressivo nos países colonizados permaneceu sem grandes alternativas até muitas décadas depois da independência, ao amparo de repúblicas oligárquicas que mantiveram as maiorias em condições análogas à servidão.<sup>63</sup> A independência significou muitas vezes apenas a ascensão da limitada classe dos

<sup>58</sup> Era esse o sentido geral da ordem oligárquica latino-americana. Ilustrativa a esse respeito é a investigação de Leopoldo Zea, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1984. Alguns autores levaram em consideração *condenados ou inviáveis* diretamente em seus próprios países: Alcides Arguedas, *Pueblo enfermo* (1909; reed. La Paz, 1936); Tomás Vega Toral, *Ensayo simiético de biología democrática ecuatoriana*, Cuenca, 1930.

<sup>59</sup> Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madri, 1980, p. 171.

<sup>60</sup> Assim, por exemplo, Carlos Octavio Bunge, *Nuestra América. Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903; Lucas Ayarragaray, "La mestización de las razas en América y sus consecuencias degenerativas", em *Revista de Filosofía*, Buenos Aires.

<sup>61</sup> E em certo sentido também freudianamente: Rudiger Herren, *Freud und die Kriminologie, Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973.

<sup>62</sup> Por exemplo, Raimundo Nina Rodrigues, *Os africanos no Brasil. Revisão e prefácio de Homero Pires*, São Paulo, 1932; sua inspiração foi o Dr. A. Corre, *Le crime en pays créoles (Esquisse d'ethnographie criminelle)*, Paris, 1889.

<sup>63</sup> Ver David Vinhas, *Indios, ejército y frontera*, México, 1982.

brancos descendentes dos colonizadores. Justiça exercida por grandes proprietários de terras, penas de morte privadas, assassinatos de dissidentes, repressão em massa, recrutamento forçado de mestiços e mulatos para os exércitos, polícias de ocupação, arbitrariedades e torturas, degolas, aprisionamento sem processo, estados de exceção permanentes e fenômenos de incrível corrupção foram correntes nestes imensos campos de concentração.<sup>64</sup>

Enquanto o poder punitivo na América Latina era exercido com essa altíssima seletividade e discriminação, a partir da segunda metade do século XIX os governos das oligarquias locais – grupos proconsulares vinculados a interesses dos países centrais – sancionaram constituições e códigos penais, inicialmente liberais, depois perigosistas, copiando os primeiros dos Estados Unidos<sup>65</sup> e os segundos da Europa continental.<sup>66</sup> Tratava-se do momento da chamada *república oligárquica*, como o *patriado* peruano, o *porfirismo* mexicano, a *oligarquia pastoril* argentina, a do *estanho* na Bolívia ou a *República Velha* brasileira.

<sup>64</sup> Ver, por exemplo, José C. Valadés, *El Porfirismo, Historia de un régimen*, UMAM, México, 1987; Lená Medeiros de Menezes, *Os indesejáveis. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*, Rio de Janeiro, 1996; Thomas H. Holloway, *Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e resistência em uma cidade do século XIX*, Rio de Janeiro, 1997; Alicia González Vidaurri; Kalus Dieter Gorenc e Augusto Sánchez Sandoval, *Control social en México D.F.*, México, 1998, pp. 45 e ss.; Paul J. Vanderwood, *Desorden y progreso. Bandidos, policías y desarrollo mexicano*, México, 1986.

<sup>65</sup> Ver o direito constitucional comparado desta época: M. E. Laferrière, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, Paris, 1869; F. R. Daresté, *Les constitutions modernes*, Paris, 1891; Arturo B. Carranza, *Digesto Constitucional Americano*, Buenos Aires, 1910; o modelo norte-americano foi seguido tão de perto que seus comentaristas foram traduzidos: José Story, *El Poder Judicial de los Estados Unidos. Su organización y atribuciones*, Buenos Aires, 1863.

<sup>66</sup> Sobre este assunto, ver nosso trabalho "Introducción a la codificación penal latinoamericana", em Universidade de Salamanca, *Los Códigos Penales Iberoamericanos*, Bogotá, 1994. Essas fontes eram bastante incompatíveis, pois as constituições prescreviam o controle judicial

A guerra civil mais sangrenta do século XX latino-americano – a Revolução Mexicana<sup>67</sup> – deu início à derrubada das repúblicas oligárquicas; o poder punitivo se transformou ao compasso das ditaduras de velho estilo<sup>68</sup> e de processos políticos conhecidos como *populismos* que, em geral, foram usados de modo mais prudente, ainda que com frequência sob o signo do paternalismo policial. Os discursos jurídico-penais abandonaram o positivismo puro e se matizaram com teorias alemãs importadas sucessivamente como técnicas, com total amputação do seu marco político e social original.<sup>69</sup> A legislação sofreu a influência dos códigos europeus de segunda geração,<sup>70</sup> como o *Codice Rocco* e os projetos suíços de Stooss.<sup>71</sup>

de constitucionalidade anglo-saxônica, enquanto os códigos provinham da tradição administrativista do continente europeu, que confiava todo o poder ao aparelho burocrático estatal (Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996; Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994), e, conforme o modelo prussiano e napoleônico, desconheciam por completo esse controle. Porém, pouco importavam as contradições acadêmicas, políticas e publicitárias, porque na prática o exercício do poder punitivo não passava de *instrumento de disciplinamento interno de um campo de concentração*, que só era limitado na medida em que podia atingir alguns administradores ou suas famílias ou auxiliares.

<sup>67</sup> Ver Alan Knight, *La Revolución Mexicana*, México, 1996; John Kenneth Turner, *México bárbaro*, Madri, 1985; Jesús Silva Herzog, *Breve historia de la Revolución Mexicana*; Jesús Sotelo Inclán, *Raíz y razón de Zapata*, México, 1970.

<sup>68</sup> Perfeitamente retratadas pela literatura em obras como *Tirano Banderas*, de Ramón do Valle Inclán, *El Señor Presidente*, de Miguel Ángel Asturias, ou *El otoño del patriarca*, de Gabriel García Márquez.

<sup>69</sup> Sobre este tema, ver nosso trabalho "Política y dogmática jurídica penal", em *Direito e democracia*, Universidade Luterana do Brasil, Canoas (RS), vol. 3, n.º 2, 2002.

<sup>70</sup> Ver nosso trabalho, *Introducción*, cit.

<sup>71</sup> Ver José Hurtado Pozo, *La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima, 1979.

Os *populismos* foram protecionistas e nacionalistas, abriram o protagonismo político a amplos setores antes excluídos<sup>72</sup> e desata-ram o ódio das oligarquias precedentes e de seus ideólogos. Como não eram simpáticos às administrações norte-americanas, estas, mediante golpes de Estado, promoveram retrocessos nos incipientes Estados de bem-estar impulsionados pelos populismos, que em alguns países haviam alcançado níveis interessantes em meados do século.<sup>73</sup> Estas regressões geraram resistências, algumas das quais, com o correr dos anos, deram lugar a movimentos minoritários armados de inspiração marxista.<sup>74</sup> Com esse pretexto, os Estados Unidos intervieram nesses países, provocando novos golpes de Estado que instalaram fortes ditaduras e regimes militares que praticaram o terrorismo de Estado com inusitada crueldade, em especial no Cone Sul.

Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, a definição do *inimigo* destes regimes militares não se deteve nos integrantes dos grupos minoritários armados, que só serviram como pretexto, mas em alguns casos quase extinguiu-se fisicamente toda uma geração de lideranças reais e potenciais. Na Argentina e no Chile, esses governos se propuseram claramente a eliminar toda possibilidade de mudança social progressista. As *ditaduras de segurança nacional latino-americanas* aplicaram reclusão perpétua e só muito excepcionalmente a pena de morte formal, empregando, ao mesmo tempo, medidas de extermínio para os indesejáveis ou execuções policiais sem processo.

Quanto aos *dissidentes*, foram implementadas duas formas de exercício do poder punitivo, traduzidas num desdobramento do sistema penal: um *sistema penal paralelo* que os eliminava mediante

<sup>72</sup> Pode-se considerar que foram democráticos no sentido da ampliação do direito ao voto real (sobre este aspecto da democracia representativa, ver Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Turim, 1995, p. 37).

<sup>73</sup> Para uma visão de conjunto, e com a advertência de que a bibliografia é enorme, ver Pablo González Casanova (coord.), *América Latina, Historia de medio século*, México, 1986.

<sup>74</sup> O mais famoso e forte foi o Sendero Luminoso peruano. Ver Gustavo Gorriti Ellenbogen, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, Lima, 1991.

detenções administrativas ilimitadas (invocando *estados de sítio*, de *emergência* ou de *guerra* que duravam anos) e um *sistema penal subterrâneo*, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal.<sup>75</sup> A despeito de terem exercido um poder punitivo ilimitado,<sup>76</sup> pervertido as medidas de exceção das constituições,<sup>77</sup> imposto milhares de penas sem processo e submetido civis a tribunais e comissões militares, o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado *sistema penal subterrâneo* sem precedentes quanto à crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a *solução final* é inegável. Mediante este aparato, foram cometidos milhares de homicídios, desaparecimentos forçados, torturas, sequestros, crimes sexuais, violações de domicílio, danos e incêndios, intimidações, roubos, extorsões, alterações de estado civil etc., sem nenhuma base normativa, inclusive dentro da sua própria ordem *de facto*.

A administração norte-americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem *guerra à droga*, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um *subversivo*, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (a *narcoguerrilha*) etc. À medida que se aproximava a queda do *muro de Berlim*, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a *guerra contra a droga*.

<sup>75</sup> Sobre os conceitos de sistemas penais *subterrâneo* e *paralelo*, ver Lola Anyar de Castro, "Derechos humanos, modo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterraneo", em *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cáli, 1985, pp. 301 e ss.

<sup>76</sup> Ver APDH, *La desaparición. Crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987; Maria Luisá Bartolomei, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983*, Lund, 1994.

<sup>77</sup> Ver International Commission of Jurists, *States of Emergency, Their Impact on Human Rights*, 1983. O Paraguai, por exemplo, passou a maior parte do século XX em *estado de sítio*.

Nos anos 80 do século passado, toda a região sancionou leis *antidroga* muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que antes havia sido empregada contra o *terrorismo* e a *subversão*. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio de legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio de ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes<sup>78</sup> etc. No âmbito processual, foram criados tribunais especiais, introduzidos elementos inquisitoriais como o prêmio ao delator, a valorização do espião, do agente provocador, das testemunhas anônimas, dos juízes e fiscais anônimos etc.<sup>79</sup> Estabeleceu-se uma aberrante legislação penal autoritária, que poucos se animaram a denunciar, ameaçados de ser acusados de partícipes e encobridores do narcotráfico ou de ser presos, ao melhor estilo inquisitorial, o que aconteceu inclusive com magistrados, fiscais e acadêmicos.

Enquanto as prisões ficavam abarrotadas de consumidores de tóxicos (que se supõe sejam as vítimas) e de mulheres transportadoras (*mulas*), criaram-se economias complementares, a corrupção dos sistemas penais foi formidável — inclusive das Forças Armadas incorporadas a funções policiais —, o volume do comércio com os Estados Unidos cresceu incrivelmente e o preço do serviço de distribuição interna nesse país manteve-se alto, logrando inserir no meio circulante algo como meio bilhão de dólares anuais, o que dá bem a ideia da recessão que o seu abrupto descenso provocaria.

Porém, o certo é que a *droga* não teve força para ocupar o lugar deixado pela queda do muro de Berlim e o autoritarismo penal — como era de se esperar — tampouco teve algum efeito preventivo, a produção, a importação e o consumo de tóxicos nas sociedades latino-americanas difundiram-se e ampliaram-se, com o efeito perverso de reservar o de

<sup>78</sup> Cf. também Bernhard Haffke, "Drogenstrafrecht", em *ZStW*, 107, 1995, pp. 761 e ss.

<sup>79</sup> Para mais detalhes, ver nosso trabalho "La legislación antidroga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario", em *Derecho Penal, Homenaje al Dr. Raúl Penha Cabrera*, Lima, 1991, pp. 715 e ss.

melhor qualidade para a exportação e fomentar o consumo interno dos mais prejudiciais e destrutivos, seguindo a tradição de que se exporta o melhor e se consome internamente o pior, neste caso com o necrosamento de neurônios.

## 5. O velho autoritarismo do século XX

A globalização foi precedida por uma revolução tecnológica que é, antes de tudo, uma revolução comunicacional. Este formidável avanço permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial.

Trata-se de um discurso de meios, que portanto não pode ser analisado pelo enfoque do direito penal, mas sim como fenômeno midiático e em especial publicitário. Pese a que o autoritarismo preconizado pelo poder punitivo seja idêntico ao de qualquer época em que o aspecto inquisitorial se fortalece, o modo de imposição como *discurso único* é novo, e por isso deve ser diferenciado dos autoritarismos anteriores, cuja hegemonia se impunha de forma totalmente diferente. Para isso, faz-se necessário analisar um pouco mais de perto o que aconteceu com esses outros autoritarismos, para não se cair em falsas analogias.

Na Europa de entreguerras (1918-1939)<sup>80</sup> exaltou-se o heroísmo<sup>81</sup> e irromperam novos autoritarismos que assumiram variantes discursivas penais de caráter biologista: tingiu-se de marxismo na Rússia,<sup>82</sup> de idealismo na Itália e de assumido e brutal racismo genocida na Alemanha.

<sup>80</sup> Ver Elizabeth Wiskemann, *La Europa de los dictadores, 1919-1945*, Madrid, 1983.

<sup>81</sup> Thomas Carlyle, por exemplo, registrava amplos antecedentes no culto ao herói em *On heroes, hero-worship and the heroic in history*, Nova Iorque, 1931; trad. francesa: *Les héros, le culte des héros et l'héroïsme dans l'histoire*, Paris, 1914; trad. espanhola, Madrid, 1985. Na verdade, o culto ao herói responde a mitos muito anteriores (cf. Valdemar Vedo, *Ideales culturales de la Edad Media. Vida de los héroes*, Madrid, 1925).

<sup>82</sup> A dogmática afirmação da tese de Lamenck por parte de Lisenko como biólogo oficial do stalinismo implicava que uma sociedade nova produziria caracteres adquiridos que se transmitiriam e gerariam seres humanos diferentes e melhores. Este dogmatismo custou a perda de colheitas à

Embora os discursos destes regimes tenham sido elaborados de acordo com a estrutura inquisitorial, nutriam-se da ideologia proveniente do século XIX, ou seja, da *periculosidade*, cômputo inseparável e legítimo do racismo, que seguiu seu destino *policial/administrativo*, legitimando crimes na medida em que cada autocrata quis levar adiante seus propósitos genocidas, indo, inclusive, muito além das próprias leis formais e das racionalizações — ainda que as mais aberrantes — de seus escribas jurídicos e criminológicos.<sup>83</sup>

Com efeito, os perigosos ou *inimigos* foram *parasitas* para os soviéticos, *subumanos* para os nazistas<sup>84</sup> e *inimigos do Estado* para os fascistas,<sup>85</sup> todos submetidos a um *sistema penal paralelo*, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais. É claro que, na realidade, os nazistas foram muito mais cruéis, visto que eliminaram quase todos eles em seus campos de concentração, assassinaram os doentes que consideravam incuráveis e castraram e esterilizaram milhares de pessoas por sua orientação sexual, porém isso não exclui outras atrocidades nem impede que, no fundo, houvesse uma

URSS. Ver "Informe del Académico T. D. Lisenko acerca de la situación de las ciencias biológicas", em *La situación en las ciencias biológicas. Actas taquigráficas de la Sesión de la Academia Lenin de Ciencias Agrícolas de la URSS, 31 de julio-7 de agosto de 1948*, Buenos Aires, 1949; sobre este dogma: Jean Rostand, *La herencia humana*, Buenos Aires, 1961, p. 52-53. Para uma curiosa interpretação lamarekiana da civilização, ver August Matteuzzi, *Les facteurs de l'évolution des peuples ou l'influence du milieu physique et tellurique et de l'hérédité des caracteres acquis dans l'évolution et la dissolution des peuples*, Bruxelas-Paris, 1900.

<sup>83</sup> Cf. *Infra*, III, 4, em especial a certa confirmação, pela pena de Filippo Grispigni, em sua aberrante polémica com Edmund Mezger ali citada.

<sup>84</sup> Ver Francisco Munhoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valência, 2003; Michael Burleigh e Wolfgang Wippermann, *Lo Stato razziale, Germania 1933-1945*, Rizzoli, 1992.

<sup>85</sup> Embora o racismo fascista tenha sido muito menos marcante do que o nazista, nem por isso deixou de existir. Prova disso são publicações como as de Paolo Orano, *Inchiesta sulla razza*, Roma, 1939; Julius Evola, *Il mito del sangue*, reed. Pádua, 1978; do mesmo autor, *Sintesi della dottrina della razza*, Pádua, 1978; uma visão de conjunto pode ser encontrada em Giorgio Israel e Pietro Nastasi, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Il Mulino, 1998.

base ideológica comum no campo penal, que era o *perigosismo mé-dico/policial* (racismo) proveniente do século XIX.

No plano real, estes autoritarismos exerceram seu poder repressivo de forma genocida, criando os já mencionados sistemas penais *subterrâneos*, com desaparecimentos, torturas e execuções policiais, individuais e em massa, sem nenhum respaldo legal. O *Holocausto* não teve base legal sequer na própria legislação nazista, a não ser o vergonhoso *Führerprinzip*.<sup>86</sup> A eliminação dos prisioneiros poloneses pelo stalinismo tampouco a teve.<sup>87</sup> A famosa *Noite das Facas Longas* não foi mais do que o assassinato seletivo de *hostis judicatus* ou dissidentes.<sup>88</sup> As leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal e alguma coisa do sistema penal paralelo, enquanto que, por trás dos panos, funcionava o mais terrível, o *subterrâneo*, sem lei e sem limites.

Porém, considerando que o poder punitivo não tinha limites, cabe perguntar: *Para que mostrar a lei? A quem mostrar, com a lei, um poder limitado que se exercia ilimitadamente? A quem se dirigia a lei, sociologicamente falando?*

As leis eram redigidas por juristas, e não podiam dirigir-se aos autocratas que as encomendavam através de seus amanuenses. Se se dirigiam a eles, não era para limitar-lhes seu poder onímodo, mas sim *para agradar-lhes*.

Todas as leis *de defesa e de proteção* do Estado nazista<sup>89</sup> eram dirigidas ao *Führer* para agradá-lo, mas também ao *públi-*

<sup>86</sup> Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburgo, 1933.

<sup>87</sup> Ver Victor Zaslavsky, "La memoria storica nella Russia postsovietica: il bisogno di dimenticare e lo sforzo di ricordare", em AA. VV., *Storia, verità e giustizia. I crimini del XX secolo*, edição de Marcello Flores, Milão: Bruno Mondadori, 2001, pp. 222 e ss. (226).

<sup>88</sup> Sobre este ponto, ver Ian Kershaw, *Hitler, 1889-1936*, Madri, 2000, pp. 489 e ss.; e o texto contemporâneo, publicado por exilados alemães, *Weissbuch über die Erschiessungen des 30. Juni*, Paris, 1934.

<sup>89</sup> Ver estas altíssimas designações e as leis em Daleke, *Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*, Berlim, 1938.

co, para propagar as qualidades de um regime interessado em mostrar que, através delas, defendia e protegia esse público.<sup>90</sup> Basicamente, portanto, essas leis autoritárias tinham dois destinatários: os autocratas, a quem seus escribas deviam agradar para não cair em desgraça, e o público, perante o qual deviam servir de propaganda. Só secundariamente tendiam a burocratizar a supressão de inimigos, que eram os estranhos ou *hostis*.<sup>91</sup> Na prática, eliminavam os criminosos graves com a morte, matavam ou exilavam os dissidentes e aprisionavam, por tempo indeterminado, os indesejáveis, embora os nazistas também tenham decidido pela eliminação destes últimos.

A principal característica das leis que regiam o sistema penal passível de ser mostrado, ou seja, o oficial ou público, era a sua *frontalidade*. Julius Lange e Adolf Erman descreveram esse traço na arte cortesã, assinalando que a figura humana, a linguagem ou qualquer manifestação estão dirigidas a um observador, a quem devem agradar, em atitude respeitosa e servil. É a mesma frontalidade do teatro cortesão, que nunca volta as costas para o espectador, que sempre lhe recorda que se trata de uma ficção que está dirigida a ele e não a outro.<sup>92</sup> A frontalidade só desapareceu com o relativismo sofista e seu pluralismo de perspectivas.<sup>93</sup> Estas leis dos autoritarismos de entreguerras apresentavam traços idênticos.

<sup>90</sup> Não se pode negar que também, em última instância, serviam para uma divisão de funções internas do poder, para evitar, em alguma medida, o caos que a competição entre seus hierarcas e corporações provoca em todo regime autoritário.

<sup>91</sup> Sobre o sinistro sentido atribuído pela legislação nazista ao verbete "estranhos" (*Fremde*), ver Francisco Munhoz Conde, op. cit., pp. 170 e ss.; também Buleigh e Wippermann, especialmente capítulo VI.

<sup>92</sup> Cf. Arnold Hauser, *História social de la literatura y el arte*, Madrid, 1971, I, pp. 64 e ss. [trad. bras. *História social da literatura e da arte*. São Paulo: Mestre Jou, 1972].

<sup>93</sup> Idem, p. 129. Afirmou-se com razão que a frontalidade, claramente manifesta na arte egípcia antiga, é característica das autocracias, da mesma forma que o repúdio à nudez, só tolerada como mostra do *homem são e superior* nos colossos musculosos de mármore, comuns a todas elas, idôneos para sublimar

Essa legislação era parte de todo um cenário compartilhado, em grande medida, pelo *caráter frontalista*, que também era integrado pela arquitetura monumental com imponentes fachadas neoclássicas, as estátuas colossais, as imensas paradas e desfiles uniformizados,<sup>94</sup> as condecorações e cerimônias particularmente ostentatórias, o histrionismo generalizado etc. Isso explica por que, definitivamente, *a frontalidade é característica de todo regime autocrático e não somente das manifestações arcaicas, o que faz com que suas leis também sejam frontalistas*.

Embora as leis se dirigissem ao autocrata e também ao público, isso não quer dizer que elas fossem bifrontes. Elas tinham uma única frente: agradava ao autocrata, o que lhe servia como propaganda, especialmente numa época em que se adquiria clara consciência do formidável poder da propaganda.<sup>95</sup> Isso não significa que pelo fato de se dirigirem ao público as leis fossem democráticas, posto que respondiam ao que desde então se chama de *völkisch*.

A rigor, a novidade é essa denominação, *völkisch*, mas não o fenômeno em si, uma técnica presente há séculos na fabricação do inimigo.<sup>96</sup> A técnica *völkisch* (ou *popularesca*) consiste em *alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez*. Ao analisar o nazismo, chamou-se a atenção para esta técnica, assim batizada especialmente porque está

---

as tendências homófilas que se pretendia controlar (cf. Heinz-Dieter Schilling [org.], *Schwüle und Faschismus*, Berlim, 1983). O ocultamento do nu e da morte é o ocultamento da igualdade (Arnold Hauser, op. cit., p. 101, com citação de Julius Lange), ainda que não apenas isso.

<sup>94</sup> Ver as impressionantes ilustrações de *Deutschland erwacht. Werden, Kampf und Sieg der NSDAP*, com textos de Wilfrid Bade e seleção de fotos de Heinrich Hoffmann, Berlim, 1933.

<sup>95</sup> Ver Anthony Rhodes, *Propaganda. The Art of Persuasion: World War II*, Pennsylvania, 1993; sobre a propaganda totalitária, Hannah Arendt, *O sistema totalitário*, Lisboa, 1978, p. 433.

<sup>96</sup> O próprio Hitler a havia aprendido com Karl Lueger, o prefeito antisemita de Viena a quem havia prestado atenção em sua juventude, cf. Joachim C. Fest, *Hitler, II Führer e il nazismo*, Rizzoli, 1991, p. 46.

intimamente vinculada ao discurso que privilegia no teórico a pretensa *democracia plebiscitária*, antecipada por Weber e apoiada por Carl Schmitt, associada a seu conceito *decisionista* do político, baseado na distinção de *amigo/inimigo*<sup>97</sup> explicitada neste período.

De qualquer maneira, por mais que nesse momento o discurso tenha alcançado seu mais alto grau de sinceridade, tratava-se de uma racionalização para justificar um regime político que exercia um poder repressivo ilimitado, habilitado por leis aberrantes ou mesmo sem nenhuma habilitação legal, porém que, *com ou sem referência a Schmitt e com maior ou menor elaboração, lançava mão do recurso que sempre se usou para legitimar o poder punitivo ilimitado em qualquer emergência: a alucinação de uma guerra.*

Embora toda identificação do inimigo se baseie em um mito,<sup>98</sup> a frontalidade dos autoritarismos do entreguerras realizou esse processo de modo perversamente grosseiro. A extrema brutalidade nazista deslocou algumas racionalizações mais elaboradas, substituindo-as pelas mais primitivas; preferiu as fábulas de Rosenberg<sup>99</sup> às elaborações de Schmitt ou de Heidegger. No fascismo pareciam conviver discursos diferentes e seus níveis díspares de elaboração não incomodavam,<sup>100</sup> enquanto o stalinismo eliminava diretamente aqueles que se podiam tornar indesejáveis.

<sup>97</sup> Ver *infra*, IV.

<sup>98</sup> Esta verificação coloca em xeque o conceito de *guerra religiosa*, pois levaria a considerar que todas as guerras são *religiosas*. Não cremos que esta conclusão seja correta: demonstraria melhor que não existem verdadeiras *guerras religiosas*, mas sim que todas as guerras são míticas, ou melhor, que *todas as guerras são idólatras*.

<sup>99</sup> Alfred Rosenberg, *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*, Buenos Aires, 1976. Ele não fazia mais do que reciclar Houston Stewart Chamberlain (*Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München, 1906) e Arthur de Gobineau (*Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris, 1967; trad. italiana: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Rizzoli, 1997).

<sup>100</sup> Ver Emilio Gentile, *Le origine dell'ideologia fascista (1918-1925)*, Bolonha, 1996; sobre Giovanni Gentile, ver, com diferentes perspectivas, Sergio Romano, *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*, Milão, 1990; e Ugo Spirito, *Giovanni Gentile*, Florença, 1969.

veis segundo a paranoia do autocrata. Os mitos mais grosseiros se impõem porque existe sempre uma relação inversa entre o grau de irracionalidade e brutalidade do poder repressivo e o nível de elaboração do discurso que procura legitimá-lo,<sup>101</sup> e também porque se adequam melhor às demandas publicitárias.

Não obstante, cabe insistir na presença destes mitos, alguns muito velhos — como os raciais e de sangue<sup>102</sup> —, outros mais nacionalistas, produto de tradições idealistas e da necessidade de reforçar Estados recentemente unificados.<sup>103</sup> Os mitos antigos em parte se combinaram ao velho racismo spenceriano e, para dizer a verdade, apesar de serem aberrantes, não se pode negar a eles — como tampouco ao velho racismo — sua inventividade colorida nem a sua criatividades depravada, isto é, *o brilho de sua perversão*.

## 6. O novo autoritarismo cool do século XXI

Caracterizado o autoritarismo do entreguerras e seu exercício de poder punitivo, estamos em condições de mostrar suas grandes diferenças para com o autoritarismo do atual exercício deste poder e seu discurso planetário único.

Passadas a Segunda Guerra Mundial e a chamada guerra fria, o capital mudou de natureza com a globalização.<sup>104</sup> Seus interesses

<sup>101</sup> Ver Georg Lukacs, *El asalto a razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983, p. 7.

<sup>102</sup> Ver Léon Poliakov, *El mito ariano. Saggio sulle origine del nazismo e del nazionalismo*, Roma, 1999.

<sup>103</sup> Sobre os penalistas hegelianos alemães e italianos, ver nosso *Tratado de Direito Penal*, Buenos Aires, 1987, II, pp. 171-177.

<sup>104</sup> Entre outros: Octavio Ianni, *A era do globalismo*, Rio de Janeiro, 1997; Hans-Peter Martin e Harald Schumann, *A armadilha da globalização. O assalto à democracia e ao bem-estar social*, São Paulo, 1998; Richard Falk, *La globalización depredadora. Una crítica*, Madri, 2002; Celso Furtado, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998; Ulrich Beck, *Che cosa è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; Zygmunt Bauman, *Globalizzazione: as consequências humanas*, Rio de Janeiro, 1999; Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Madri, 2002; Heinz Dieterich, *Identidad nacional y globalización*, México D.F., 2000; Eric J. Hobsbawm, *Intervista sul nuovo secolo a cura di Antonio Polito*, Laterza,

especulativos predominantes, ainda que garantidos por um complexo sistema de organismos internacionais, são apoiados principalmente pela administração republicana dos Estados Unidos, potência que havia passado ao primeiro plano desde a Primeira Guerra Mundial, quando a Europa foi arrasada e entregue à própria sorte pelos republicanos que sucederam ao idealista presidente Wilson.<sup>105</sup>

Nos anos 20 do século passado, a afluência de capital para os Estados Unidos trouxe consigo o afluxo de imigrantes, selecionados de acordo com critérios racistas,<sup>106</sup> rechaçados pelo discurso acadêmico dessa mesma época.<sup>107</sup> Por sua vez, a proibição do álcool deu origem a poderosas organizações criminosas de mercado.<sup>108</sup> A terrível

2000; Bruno Amoroso, *L'apartheid globale. Globalizzazione. Marginalizzazione economica. Destabilizzazione politica*, Roma, 1999. Ver nosso trabalho, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", em *Nueva Doctrina Penal*, 1999a, reproduzido em *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 3, nº 8, novembro de 1999 - fevereiro de 2000.

<sup>105</sup> Wilson foi um teórico importante, um acadêmico com ideias políticas democráticas e próprias: Woodrow Wilson, *El gobierno del Congreso. Estudio sobre la organización política americana*, trad. de Julio Carrié, Buenos Aires, 1902; sobre Wilson, Arthur S. Link, *Woodrow Wilson*, São Paulo, 1963.

<sup>106</sup> Estes critérios mereceram a entusiástica admiração de Adolf Hitler: "Ali negam-se a aceitar a imigração de elementos nocivos do ponto de vista da saúde social e proibem absolutamente a naturalização de certas e determinadas raças, dando assim tímidos passos em direção a um modo de contemplar as coisas que se parece muitíssimo ao conceito de Estado nacional" (*Mi luta*, Santiago do Chile, 1939, p. 126). Houve pretensão de se renovar esses critérios na última década do século: sobre isso, John Sedgwinck, *Inside the Pioneer Fund*; Adam Millar, *Professors of Hate*, ambos em "The Bell Curve Debate", organizado por Russell Jacoby and Noemí Glauber, Times Books, 1995, pp. 144 e 162.

<sup>107</sup> No mundo acadêmico, o spencerianismo havia sido superado pelas teses culturalistas e democráticas (ver Fanz Boas, *Cuestiones fundamentales de antropología cultural*, Buenos Aires, 1965).

<sup>108</sup> Hill Severn, *The End of the Roaring Twenties. Prohibition and Repeal*, Nova Iorque, 1969.

crise de 1929 deu lugar ao *New Deal* (Estado do bem-estar, *Welfare State* ou *populismo* estadunidense) e os fatos posteriores acentuaram o poder dos Estados Unidos no mundo, o que não estava isento de um componente mítico.<sup>109</sup> Com o abrupto final da chamada *guerra fria*, esse país surgiu como potência hegemônica incontestada.

O sistema penal norte-americano foi interessante quanto às penas não privativas de liberdade.<sup>110</sup> A odiosa presença da pena de morte parecia chegar ao fim quando, em 1972, a Corte Suprema declarou sua inconstitucionalidade,<sup>111</sup> com o magnífico voto do juiz decano que acusava o caráter seletivo dessa pena,<sup>112</sup> os índices de aprisionamento se mantinham estáveis desde o século XIX.<sup>113</sup> Essa situação modificou-se radicalmente a partir do final daquela década, quando o índice de aprisionamento começou a subir de forma exponencial e o sistema penal se superdimensionou,<sup>114</sup> mantendo milhões de pessoas presas e controladas (em *parole* e em *probation*) e proporcionando emprego a outros milhões. No marco de uma economia de serviços, o sistema penal se converteu em um fator de redução da taxa de desemprego ou mesmo em condição de plena ocupação.

<sup>109</sup> Ver, por exemplo, John Fiske, *Ideas políticas americanas consideradas del punto de vista de la historia universal. Tres conferencias dadas en la Institución Real de Gran Bretaña*, trad. de Julio Carrié, Buenos Aires, 1902.

<sup>110</sup> Sempre despertaram interesse comparativista: por exemplo, *La Probation (Régime da mise à l'épreuve) et les mesures analogues*, Imprenta Administrativa, Meloun, 1953. É clara sua influência na penologia europeia posterior: Heuni, Norman Bishop, *Non-custodial alternatives in Europe*, Helsinki, 1988; Anton M. van Kalmthout e Peter J. P. Tak, *Sanctions-Systems in the member-States of the Council of Europe*, 1988.

<sup>111</sup> Furman V. Georgia, em A.A.VV., *The death penalty in America. Current controversies*, organizado por Hugo Adam Bedau, Nova Iorque, 1997, p. 189; Marino Barbero Santos, *Penas de muerte (El caso de un mito)*, Buenos Aires, 1985, pp. 179 e ss.

<sup>112</sup> Cf. Joachim Herrmann e Dick Marty, "Vers l'abolition de la peine de mort aux États-Unis?", em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1973, pp. 161 e ss.

<sup>113</sup> Ver Nils Christie, *Crime Control as Industry. Towards Galags, Western Style*, 1993, p. 93.

<sup>114</sup> Idem.



A altíssima seletividade do controle repressivo nos Estados Unidos é negada pelos juízes.<sup>115</sup> Restabeleceu-se a pena de morte, relegitimada pelos juízes republicanos incorporados à Corte Suprema pelos presidentes deste partido, começando pelos designados pelo presidente Nixon, de triste memória. Os Estados Unidos são o único país das Américas e da Europa que aplicam profusamente a pena capital,<sup>116</sup> sendo condenados pela Organização dos Estados Americanos (OEA) por executar menores. Ademais, foi elaborada uma legislação penal que impõe pena perpétua a quem tenha cometido três ou mais delitos (*three strikes out*), ou seja, restabeleceu-se o desterro definitivo dos *indesejáveis* ou *inimigos*, uma medida violadora do princípio da proporcionalidade.

No plano processual, o juízo se tornou extraordinário, de modo que as garantias do jurado foram suprimidas para as pessoas de escasos recursos. A *bargaining* ou negociação é pouco menos do que uma extorsão contra as minorias e todos os segmentos de poucos recursos. Por essa via, o processo penal acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a decisão fica nas mãos do próprio acusador (o Ministério Público).

Diferentemente do capital produtivo, o capital globalizado não é manejado por empresários, mas sim por administradores de *conglomerados*, tecnocratas que devem obter o maior lucro possível no menor tempo, para evitar que seus investidores busquem outro tecnocrata mais eficaz a quem confiar seus recursos. É por isso que esses operadores vão perdendo seus escrúpulos, fazendo com que sua atividade entre, com frequência, numa zona que se confunde com a delinquência econômica, e algumas vezes caem, vítimas de seus embates com outros competidores, provocando catástrofes financeiras com surpreendentes desmoronamentos de impérios de papel.

Devido principalmente a esse fenômeno, estimulou-se uma legislação inquisitória, contendo elementos provenientes da Idade Média (espões, delatores, procedimentos secretos, posições de garantia absurdas etc.), aplicável a um nebuloso conjunto de infrações, designadas genericamente como *crime organizado*, que motivou um

<sup>115</sup> McCleskey v. Kemp, em *The death penalty in America*, cit., p. 254.

<sup>116</sup> Idem, p. 10; José Sáez Capel, *Pena de muerte. Cuando el Estado asesina*, Buenos Aires, 1999.

número incrível de instrumentos internacionais.<sup>117</sup> Trata-se de um *pseudoconceito*, inventado pelo jornalismo e pelos políticos da primeira metade do século passado, sobre o qual a criminologia nunca tinha chegado a um acordo, mas que agora tem sido adotado legislativamente para abarcar hipóteses conflitivas heterogêneas que, como fica óbvio, não podem ser neutralizadas com medidas idênticas, posto que ninguém pode sustentar racionalmente que o seqüestro extorsivo, o jogo ilícito e a lavagem de dinheiro possam ser combatidos e evitados com métodos iguais.

Em resumo, a ideia menos difusa de *crime organizado* equivale à *criminalidade de mercado*, o que basta para mostrar a enormidade do universo abarcado.<sup>118</sup> A constatação de que a maior parte destas atividades requer o complemento da corrupção pública<sup>119</sup> desencadeou campanhas paralelas de caça às bruxas que, não por acaso, nunca identificam os responsáveis pelo esvaziamento de países internos,<sup>120</sup> mas motivou uma enorme burocracia nacional e internacional e, com seu falso moralismo, chegou ao absurdo de pretender o *impeachment* de um presidente dos Estados Unidos por um coito oral extramatrimonial consentido com pessoa adulta.

Tanto o *crime organizado* como a corrupção<sup>121</sup> são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qual-

<sup>117</sup> Ver M. Cherif Bassiouni e Eduardo Vetere, *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*, Nova Iorque, 1998.

<sup>118</sup> Ver nosso trabalho "El crimen organizado, una categoría frustrada", em *Homenaje al Prof. Ricardo C. Núñez*, Córdoba, 1995. [trad. bras. "Crime organizado: uma categorização frustrada", in *Discursos Sediciosos - crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará/ICC, ano 1, nº 1, 1º semestre 1996, pp. 45-68].

<sup>119</sup> A esse respeito, ver Julio Virgolini, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, e *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Buenos Aires, 2005.

<sup>120</sup> Ver, como exemplo, os trabalhos em José Octavio López Presa (coord.), *Corrupción y cambio*, México, 1998.

<sup>121</sup> É inquestionável que a corrupção deve ser combatida, porém é absurdo pretender mover este combate lançando mão do sistema penal, que é uma das áreas mais vulneráveis a ela. Todos sabem que a corrupção surge no espaço do poder arbitrário, e a única forma eficaz de preveni-la

quer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais.

Os Estados Unidos não prestam contas perante os tribunais internacionais, pois não ratificaram os tratados que podem comprometê-los. O país do multilateralismo de Wilson hoje é o campeão do unilateralismo e sua política, isolacionista em matéria de compromissos internacionais e intervencionista como polícia planetária, é semelhante aos totalitarismos que provocaram o colapso da Liga das Nações nos momentos que precederam a Segunda Guerra Mundial. Quanto ao sistema penal, o país que difundiu as garantias processuais práticas hoje o inquisitório mais descarado.

Este contexto obedece ao novo papel que a potência mais poderosa do planeta requereu para promover um reforço de seu verticalismo interno. O discurso penal republicano desde 1980 é simplista: os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; afirma-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido, também é *suja*, porque os delinquentes não são *cavaleiros*; afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reeleger-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; um prefeito, desempenhando suas funções em tempo de pleno emprego, investiu grandes somas na melhoria do serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial, mas pretende explicar seu êxito pela adoção da política de *tolerância zero*<sup>122</sup> e explica idiotices a executivos latino-americanos

é fechando esses espaços, mediante uma engenharia institucional melhor e constantemente renovada.

<sup>122</sup> Ver Charles Pollard, "Tolerancia cero ¿Y mañana qué?", em *Milenio*, Universidad General San Martín, ano 2, nº 3, 1999, pp. 17 e ss.; Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valência, 2002, pp. 329 e ss.

que lhe pagam cifras astronômicas para ouvir suas incoerências publicitárias.<sup>123</sup>

No 11 de setembro de 2001, esse sistema penal encontrou um inimigo de certa substância no chamado *terrorismo*. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a *prevenção* do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como *preventiva*. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo.

Este autoritarismo estranho à tradição norte-americana assinala uma deterioração cultural, não política, em sua sociedade, um perigoso abandono dos princípios fundadores da democracia. Caracteriza-se pelo desespero em conseguir um inimigo que preencha o vazio deixado pela implosão soviética. A multiplicidade de candidatos a esse posto, a insuficiência da droga como elemento galvanizador de rejeição coletiva e a excessiva abstração do conceito de *crime organizado* inviabilizam a individualização de inimigos dignos de crédito, que vão bem além do delinquente de rua.

A carência de juízos prévios a partir dos quais seria possível fabricar um novo inimigo<sup>124</sup> só pode ser compensada com um fato aterrador e, para este efeito, o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um *inimigo* crível. A partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa ideia de *terrorismo*, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha

<sup>123</sup> Sobre essa situação no México, F. Muñoz Conde, "Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del inimigo'", em *RDP*, Buenos Aires, 2004, pp. 2 e ss.

<sup>124</sup> Em sua época, como vimos, as bruxas cumpriram esse papel, diante do vasto preconceito de crenças europeias sobre elas (cf. Norman Cohn, *Los demonios familiares de Europa*, cit). Na atualidade, existem muitos preconceitos, porém não é permitido construir inimigos sobre todos eles. É inegável que há setores sociais que mantêm preconceitos contra as mulheres, os judeus, os afro-americanos, os latinos etc., mas não é permitido usá-los para criar inimigos. O espectro de preconceitos utilizáveis para edificar emergências é mais demarcado.

estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes.

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso *terrorismo*, legitima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais,<sup>125</sup> que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território. Estes últimos extremos são confrontados dentro dos próprios países centrais,<sup>126</sup> inclusive pelos tribunais superiores que, por sorte, ainda conservam poder suficiente para apontar o desvio das tradições liberais e humanistas.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Para um panorama das reformas penais europeias e norte-americanas posteriores a 11 de setembro de 2001, ver Guillermo Portilla Contreras, "La configuración del 'Homo sacer' como expresión de los nuevos modos del Derecho penal imperial", em Fernando Pérez Álvarez (org.), *Serita. In memoriam Alessandro Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 1.401 e ss.

<sup>126</sup> Cf. Christian Harrington, "Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos", em Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras, *Política criminal de la guerra*, Barcelona, 2005, pp. 55 e ss.

<sup>127</sup> Sobre o *Patriot Act* e a reação da Corte Suprema dos Estados Unidos, ver George P. Fletcher, "¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias da Corte Suprema dos Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo", em *Revista Penal*, La Ley, nº 16, Madrid, julho de 2005, pp. 61 e ss.; e Francisco Muñoz Conde, "De nuevo sobre el 'derecho penal del inimigo'", na mesma publicação, pp. 123 e ss.; sobre a legislação penal britânica similar, ver "Judgements – A (FC) and others (FC)(Appellants) ver Secretary of State for the Home Department (Respondent), Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004", em *The United Kingdom Parliament*, Publications on the Internet.

De qualquer maneira, embora este novo inimigo seja perigoso, não pode legitimar a repressão sobre os dissidentes internos nem sobre os indesejáveis (pequenos delinquentes comuns). Porém, como se pretende justificar um controle maior sobre toda a população para evitar a infiltração de *terroristas*, facilita-se e reforça-se igualmente o controle que se exerce sobre estes, especialmente sobre os *estranhos* (estrangeiros).

Deve ser destacado, ainda assim, que como a identificação de um novo inimigo sempre reflete uma luta de poder entre agências, a que se torna hegemônica termina impondo seu próprio discurso de emergência e deslocando os anteriores, num embate que envolve pressupostos siderais. Mas, por causa da globalização, a decisão nessas lutas de agências dentro dos Estados Unidos acaba tendo consequências planetárias.

Fora da América, a Europa enfrenta uma situação singular. Os países que durante a *guerra fria* formavam a *Europa ocidental* alcançaram um alto nível de vida e conseguiram uma integração importante. A *queda do Muro* provocou uma mudança notável, pois deixou em liberdade uma população muito grande em países sabidamente atrasados e vizinhos dos de alto nível de vida. Ademais, é bastante fácil se chegar à Europa a partir da África – que se encontra em situação desesperadora –, o que facilita a migração. A população tem novos candidatos a *inimigos*: os imigrantes que competem pelos mesmos espaços de moradia, de serviços sanitários, de transporte, de assistência social e educativos utilizados pelas camadas inferiores da população estabelecida.

Ademais, a relativa estabilidade cultural e étnica europeia torna-se mais sensível diante de diferenças desta ordem, ou seja, é mais simples assinalar os *estranhos*, que se distinguem por seu idioma, sua indumentária e pela cor da pele. Tudo isso tem um inevitável reflexo político e legislativo.<sup>128</sup> Cabe acrescentar que uma boa parte são islâmicos ou ao menos muçulmanos, e a eles se encaixa perfeitamente o estereótipo de *terrorista*. Tudo isso facilita o renascimento e o fortalecimento de preconceitos e ra-

<sup>128</sup> Cf. Giuseppe Mosconi, "Inmigración, seguridad y cárcel en Europa (En la perspectiva de la guerra global)", em Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras, *Política criminal de la guerra*, Barcelona, 2005, pp. 145 e ss.

cismos.<sup>129</sup> Deve ser assinalada a aprovação, em vários países europeus, de leis que permitem a expulsão como manifestação do *direito penal do inimigo*.<sup>130</sup>

Nós, latino-americanos, não podemos estranhar estes acontecimentos europeus, visto que todos os movimentos de direita radical de nosso continente pretenderam configurar uma identidade nacional falsa, apoiada na imputação de todos os males aos imigrantes considerados *alienigenas hostis*.<sup>131</sup> Muitos deles assumiram, há um século, os discursos de Barrés<sup>132</sup> y Maurras<sup>133</sup> e sancionaram leis de expulsão de estrangeiros sem intervenção judicial.<sup>134</sup> Para alguns entusiastas da segurança nacional dos anos 1970 o estigma se estendia aos filhos e netos de imigrantes, acusando-os de favorecer o terrorismo e de votar equivocadamente em razão de seu escasso patriotismo.<sup>135</sup>

<sup>129</sup> Ver Alberto Burgio, *La guerra delle razze*, Roma, 2001; Thomas Assauer e Hans Sakowicz, *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*, Munique, 1992; Michel Wieviorka, *El espacio del racismo*, Barcelona, 1992.

<sup>130</sup> Cf. Manuel Cancio Meliá, em *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourillo*, Madrid, 2005, pp. 183 e ss.; Federica Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo* (inédito); Fernando Navarro Cardoso, "Expulsión 'penal' de extranjeros: una simbiosis de derecho penal 'simbólico' con derecho penal del 'inimigo'", em *iustel.com, RGDP*, nº 2, novembro de 2004; Laurent Bonelli, "Obsesión 'securitaria' y ilegalismos populares en Francia desde principios de 1980", em Bergalli e Rivera Beiras, op. cit., pp. 99 e ss.

<sup>131</sup> Sandra McGee Deutsch, *Las derechas. La extrema derecha en la Argentina, el Brasil y Chile, 1890-1939*, Universidade Nacional de Quilmes, 2005; David Rock e Sandra McGee Deutsch e outros, *La derecha argentina. Nacionalistas, neoliberales, militares y clericales*, Buenos Aires, Vergara, 2001.

<sup>132</sup> Ver Ramón Fernández, *Barrés*, Paris, 1943.

<sup>133</sup> Ver James McCearney, *Maurras et son temps*, Paris, 1977.

<sup>134</sup> Ver Francisco Durá, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Buenos Aires, 1911; Cirilo Pavoun, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Buenos Aires, 1913; Julio Herrera, *Anarquismo y defensa social*, Buenos Aires, 1917.

<sup>135</sup> Cf. Ambrosio Romero Carranza, *El terrorismo en la historia universal y en la Argentina*, Buenos Aires, 1980, p. 290.

Em qualquer lugar e em todos os tempos, desde Roma até a atualidade, o imigrante é um forte candidato a *inimigo*, o que se torna altamente arriscado numa época de revolução comunicacional, que facilita e promove os deslocamentos como nunca antes, num planeta onde as expectativas de vida entre os países diferem de forma alarmante e a necessidade de sobreviver torna-se o motor das migrações em massa, num tempo em que a globalização promoveu a livre circulação de capitais e mercados, mas não a de seres humanos. Deste modo, os capitais podem produzir onde os custos salariais sejam menores, mas os trabalhadores ficam presos nos territórios de seus países, sem possibilidade alguma de oferecer sua força de trabalho onde haja demanda e os salários sejam mais altos.

O certo é que, planetariamente, a rápida sucessão de *inimigos* aumenta a angústia e reclama novos *inimigos* para acalmá-la, pois quando não se consegue um *bode expiatório* adequado nem se logra reduzir a anomia produzida pela globalização, que altera as regras do jogo, a angústia se potencializa de forma circular. A voragem de *inimigos* não deixa tempo livre para a construção de uma identidade perversa como frente contra *um inimigo*.

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o de entreguerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: *é cool*.<sup>136</sup> *É cool* porque *não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário*.

<sup>136</sup> As diversas acepções inglesas da expressão coincidem com o significado de *superficial, não excitante, tívio, carente de entusiasmo* (*Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language*, Nova Iorque, 1989, p. 321). A tradução tradicional para o espanhol é "tívio", "indiferente" (*Appleton's new English-Spanish Dictionary*, Nova Iorque, 1916, p. 115).

## 7. O autoritarismo cool na América Latina

A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente 3/4 – dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são *processados não condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transferida definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade.

A *medida cautelar* é pena cautelar, ou seja, por precaução, o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma medida e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal. O desencarceramento ou a cessação da prisão preventiva ou provisional representa uma absolvição, pois corresponde a quase todos os seus efeitos.

Nos casos de delitos *graves*, a prisão preventiva é seguida por reclusões perpétuas ou penas absurdamente prolongadas, que em muitos casos superam a possibilidade de vida das pessoas; os *indesejáveis* continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e autoagressiva e de morbidade, ou seja, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo. Na maioria das vezes, porém, não se configura um sistema penal subterrâneo, devido ao fato de que essas execuções não são sistêmicas, embora, em certos casos, a frequência dessas ações leve à suspeita do perigoso reaparecimento da lógica da segurança nacional dos anos setenta do século passado.

De qualquer forma, cabe observar que os *indesejáveis* não sofrem pena formal, porque geralmente a cumprem na prisão cautelar.

Os *dissidentes* são mais tolerados, ainda que a repressão ao *protesto social* dos excluídos do sistema produtivo tenha aumentado, me-

diante a aplicação extensiva de tipos penais e a interpretação restringida de causas de justificação ou de exculpação.<sup>137</sup> Finalmente, os *iguais*, cada vez mais reduzidos em função da polarização de riqueza e da degradação das velhas camadas médias, costumam gozar dos benefícios e garantias dos manuais, nos poucos casos em que são criminalizados.

Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada.

Dito em termos mais claros: aproximadamente 3/4 dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva).<sup>138</sup> Desses, quase 1/3 será absolvido. Isto significa que em 1/4 dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade do total de casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao 1/4 restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que nesse 1/4 de casos de absolvição a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação.

<sup>137</sup> Ver nosso trabalho "Derecho Penal y protesta social", em *Libro homenaje al Prof. Juan Bustos Ramírez*, em vias de publicação; Raúl Gustavo Ferreyra, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, 2003, pp. 23 e ss.; Roberto Gargarella, *El derecho de protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, 2005; CELS, *El Estado frente a la protesta social, 1996-2002*, Buenos Aires, 2003.

<sup>138</sup> Cf. Carranza, Mora, Houed e Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1983. Os monitoramentos posteriores revelam o agravamento da situação.

Como a comunicação em massa alcançou o maior grau de globalização, o discurso do atual autoritarismo norte-americano é o mais difundido do mundo. Seu simplismo populareco (*völkisch*) é imitado em todo o planeta por comunicadores ávidos de ratings, embora tenha maior êxito na América Latina, dada a sua precariedade institucional. A difusão mundial desse discurso é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão, dado o alto custo de operação e a escassa disposição dos espectadores a todo e qualquer esforço pensante.

Nas sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como as latino-americanas, a *exclusão social* constitui o principal problema, pois não costuma ser controlada pela repressão direta, mas sim neutralizada, o que aprofunda as contradições internas. A mensagem vindicativa é funcional para reproduzir conflitos entre excluídos, pois os criminalizados, os vitimizados e os policiados são cruciados neste segmento, ocorrendo uma relação inversa entre a violência dos conflitos entre eles e a capacidade de coalizão e protagonismo desses mesmos atores.

Nestas sociedades, a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas.<sup>139</sup> Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. São *anômicos patéticos*, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. Esse discurso permitirá um maior controle sobre estas mesmas classes médias, especialmente porque são as naturais provedoras de futuros dissidentes.

Em geral, embora se trate de uma hipótese que seria mister investigar, parece que *na medida em que a riqueza se polariza, a anomia avança no sentido originário de Durkheim e o discurso populareco, grosseiro e primitivo tem maior aceitação porque pa-*

<sup>139</sup> Tanto no sentido de Émile Durkheim (*Le suicide*, Paris, 1897), já que não lhes servem as normas anteriores de acesso à riqueza, quanto no de Robert Merton (*Teoría y estructura sociales*, México, 1984), porque carecem socialmente de vias legítimas para esse mesmo acesso.

*rece compensar a segurança perdida por causa da globalização: a sociedade perde coesão e está ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, por primitivo, vingativo e völkisch que seja; a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples.*<sup>140</sup>

Dado que a mensagem é facilmente propagada, rentável para os empresários da comunicação social, funcional para o controle dos excluídos, bem-sucedida entre eles e satisfatória para as classes médias degradadas, não é raro que os políticos se apoderem desse discurso e até o disputem. Como o político que pretender confrontar este discurso será desqualificado e marginalizado dentro do seu próprio partido, ele acaba assumindo-o, seja por cálculo eleitoral, por oportunismo ou por medo. Assim se impõe o discurso único do novo autoritarismo.

A pobreza de meios para a instrução dos processos faz com que as polícias dependentes do Poder Executivo sejam as verdadeiras autoridades de instrução ou sumário. A deterioração policial e a corrupção fomentada pelos políticos que habilitam crescentes espaços de arrecadação ilícita degradam a eficácia do serviço de segurança. Isto, num marco social em que o desemprego e a anomia geradores de exclusão aumentam a frequência dos erros de conduta violentos, leva a uma verdadeira combinação letal: a prevenção primária e também a secundária se degradam.

O discurso do autoritarismo norte-americano é o mesmo que se instala no resto da América, porém sua funcionalidade é tão diferente quanto a realidade do poder repressivo. Enquanto os Estados Unidos fazem dele uma empresa que ocupa milhões de pessoas, desviando recursos da assistência social para o sistema penal e contribuindo para a resolução do problema do desemprego, na América Latina o sistema penal, longe de proporcionar emprego, serve para controlar os excluídos do emprego, torna-se brutalmente violento e as polícias *autonomizadas e em dissolução* sitiam os poderes políticos.<sup>141</sup>

<sup>140</sup> Em sentido análogo em geral, Zygmunt Bauman, *En busca de la política*, México, 1999 [trad. bras. *Em busca da política*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar].

<sup>141</sup> Essa corrupção se articula com a dos caciques locais dos partidos e proporciona financiamento para as eleições destes, mancha os poderes judiciais e debilita, pela base, a própria democracia política.

O discurso *cool* se insere nesta região em sistemas penais invertidos, com prisões superlotadas de gente sem condenação, onde o aumento de escalas penais não representa penas mais longas mas sim mais prisioneiros preventivos (porque se impede o desencarceramento) e o direito de execução penal é, em grande medida, uma utopia, inclusive formalmente aplicável a uma minoria quase insignificante de presos.

Ademais, a *América Latina está ficando sem polícias, o que destrói um suporte estatal elementar da sociedade civil*. A autonomização, a proibição de sindicalização, a militarização e os maiores âmbitos de arbitrariedade levam à destruição das instituições policiais, através da corrupção e da anomia de seus integrantes.

Formam-se caixas de arrecadação ilícita que se perdem nas cúpulas de estruturas verticalizadas e cuja eficácia preventiva opera em relação inversa à sua inescrupulosidade. Os piores custos são pagos com a integridade física dos estamentos inferiores, com salários degradados, autoritarismo interno, riscos altíssimos, anomia profissional, carência de informação, desprestígio público, isolamento social e falta de espaço para debater horizontalmente as condições de trabalho.

Neste contexto, o discurso autoritário *cool* latino-americano participa do simplismo de sua matriz norte-americana, carecendo igualmente de qualquer respaldo acadêmico, e se orgulha disso, pois esta publicidade popularisca denigre constantemente a opinião técnica jurídica e criminológica, obrigando os operadores políticos a assumir idêntica postura de desprezo.<sup>142</sup>

Tampouco é possível dotá-lo de qualquer coerência, pois trata-se apenas de *slogans* ou propaganda. A irracionalidade é de tal magnitude que sua legitimação não pode provir nem sequer de grosserias míticas – como Rosenberg no nazismo –, reduzindo-se antes a pura mensagem publicitária, com o predomínio de imagens. Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos vingativos,

<sup>142</sup> Este mesmo fenômeno é constatado na Espanha por José Luis Díez Ripollés, “El nuevo modo de seguridad ciudadana”, em *RECPC*, <http://criminel.ugr.es/recpc>.

ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os *especialistas* que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são *palpiteiros* livres, que reiteram o discurso único.<sup>143</sup>

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de *lei e ordem*, nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *völkisch* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.

As cúpulas policiais deterioradas, por seu turno, manipulam os delitos em certas ocasiões, permitindo ou facilitando sua comissão para gerar a reação dos meios de comunicação e os protestos públicos contra as autoridades políticas, para desprestigiar qualquer medida capaz de restabelecer garantias para a população ou para promover uma nova onda repressiva e o decorrente alargamento dos espaços de arbitrariedade. Em outras oportunidades, inventam delitos inexistentes para mostrar eficácia ou conseguir melhores estatísticas, acusando pessoas inocentes.

Por todos estes meios pouco éticos ou diretamente criminosos, *vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.*

<sup>143</sup> É interessante verificar a semelhança da publicidade do sistema penal com a dos dentíficos ou analgésicos. Em ambas, costuma-se apresentar especialistas ou atores que representam esse papel. No caso da repressão ao crime, são as vítimas ou seus parentes que assumem esse papel nos meios de comunicação, como se a justiça de sua causa – a reivindicação de um melhor serviço de segurança – lhes garantisse automaticamente conhecimentos técnicos capazes de viabilizar a realização dessa demanda.

Com isso, não apenas se magnifica a insegurança como também, ao proclamar a existência de uma pretensa impunidade ou leniência generalizada, lança-se uma *metamensagem que incita publicamente os excluídos ao delito (podem delinquir que não vai acontecer nada)*, assumindo o efeito de uma profecia autorrealizada; a mensagem, longe de ser indiferente à criminalidade comum, em tempos de desemprego, exclusão social e carência de projetos existenciais, passa a ter claros efeitos reprodutivos.<sup>144</sup>

Em última análise, trata-se do envio de mensagens tomadas como verdadeiras só porque têm êxito publicitário. Reforça-se como preconceito a convicção de que *um mundo em desordem pode ser ordenado com disciplina imposta através de repressão indiscriminada* e, ao mesmo tempo, reitera-se a ideia de que o delito é uma atividade fácil e impune.

O certo é que neste autoritarismo *cool* não se sabe quem é o inimigo, pois estes se sucedem sem somar-se; em lugar de defini-los fotograficamente, são projetados cinematograficamente, como *constructos* em série dos meios de comunicação, em especial da televisão. *O Estado não os define: as autoridades encontram-se situadas pelas sucessivas imposições dos meios, cuja velocidade reprodutiva é tão vertiginosa que impede os baques capazes de abrir espaço aos discursos críticos. Nem sempre existe uma outra corporação que pretenda construir inimigos diferentes e que para isso precise desarmar os mitos anteriores: comumente, é essa mesma corporação produtora de inimigos que os descarta e os substitui. Os ciclos anteriores se precipitam, passando de corrente alternada a corrente contínua.*

Como o Estado enfraquecido dos países que levam a pior na globalização não pode resolver os sérios problemas sociais,<sup>145</sup>

<sup>144</sup> Isso foi visto claramente na Argentina, com a publicidade desencadeada em torno dos sequestros: difundiu-se o "sequestro express", porém o mais grave é que se vulgarizou a ideia de que o sequestro é delito "fácil" e rentável. Com isso, multiplicaram-se os sequestros praticados por amadores (o "sequestro relâmpago"), que resultaram em mortes, pois estes são os mais perigosos para a vida das vítimas.

<sup>145</sup> Em alguns casos porque sua soberba o impede, em outros porque as urgências da publicidade exigem a produção de fatos sensacionais (o

seus políticos optam por fingir que os resolvem ou que sabem como fazê-lo, tornam-se *maneiristas, afetados*,<sup>146</sup> a política passa a ser um espetáculo e o próprio Estado se converte num espetáculo.<sup>147</sup> Os políticos — presos na essência competitiva de sua atividade — deixam de buscar *o melhor* para preocupar-se apenas com *o que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral.

Este autoritarismo publicitário *cool* apresenta uma frontalidade grosseira. Porém, como carece de inimigo fixo e também de mito, é desbotado, não tem o colorido do entreguerras nem a inventividade do biologismo racista. Seu histrionismo é bem mais patético, sua pobreza criativa é formidável, é órfão de todo e qualquer *brilho perverso*; antes, possui uma horrível e deprimente *opacidade perversa*. Não há monumentos neoclássicos, cientistas racionalizando, paradas ostentatórias; ele é pobre, funciona porque é pouco inteligente, é elementar, não pensa e promove uma *greve do pensamento*<sup>148</sup> ou um *pensamento nulo*,<sup>149</sup> porque explodiria ao menor sopro de pensamento. *O exercício do poder punitivo tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade.*

que os políticos costumam denominar "os tempos da política", diferentes de "os tempos da técnica") e em outros porque as limitações pressupostas, provenientes das condições que são internacional ou transnacionalmente impostas aos países devedores, proibem as inversões adequadas.

<sup>146</sup> Sobre o maneirismo em patologia, ver Ludwig Binswanger, *Tres formas de la existencia frustrada*, Buenos Aires, 1972, pp. 127 e ss.

<sup>147</sup> É interessante como este fenômeno foi precocemente percebido por Roger-Gérard Schwartzberg, *O Estado espetáculo*, Rio de Janeiro, 1978.

<sup>148</sup> "O século passado conheceu as primeiras greves sistemáticas nas fábricas. O século vindouro não terminará sem uma ameaça de greve na noosfera" (Pierre Teilhard de Chardin, *El fenómeno humano*, Madri, 1965, p. 277).

<sup>149</sup> A expressão é de André Glucksman, que observa que a propaganda atual, ao contrário da propaganda totalitária do entre-guerras, não pretende impor a mentira como verdade. Ela impõe o *não pensar*, ou seja, o *pensamento nulo* (*La estupidez: ideologías del postmodernismo*, Barcelona, 1994, p. 59).



Em seu conjunto, este discurso autoritário *cool* da comunicação publicitária vingativa, altamente popularesco ou *völkisch* – que opera com total autonomia da realidade e de sua conflitividade mais séria, que se ocupa de algumas vinganças e deixa de lado a prevenção e outros ilícitos de massa, que ignora as vítimas reais, que manipula e dramatiza apenas as vítimas que lhe proporcionam *rating*, esse discurso, como não tem mito, tampouco tem direção fixa. É uma guerra sem inimigo definido; o único inimigo que invariavelmente reconhece é o mesmo de todo autoritarismo: quem confronta seu discurso.<sup>150</sup> Daí seu permanente desprezo pela opinião técnica, que tem a desvantagem de dirigir-se a um círculo limitado e de não ter aprendido a técnica da comunicação de massa. No geral, quando um técnico responsável trata de comunicar-se pelos meios de comunicação, costuma fazê-lo de forma muito pouco clara para audiências amplas.

Por tudo isso, poucos se animam a contradizer a publicidade *cool* do discurso único e, por conseguinte, seu autoritarismo tem enorme magnitude. Não se trata do Estado autoritário que controla e censura os meios de comunicação, mas sim que a comunicação, convertida em publicidade em busca de *rating*, tornou-se autista e impõe um discurso que nem mesmo o Estado está autorizado a contradizer, porque seu único inimigo fixo é quem desprestigia a repressão, que é seu produto. *Como toda publicidade, não reconhece outro inimigo senão aquele que nega as qualidades do produto que promove.*

Esse discurso se impõe aos Estados porque exige a alinação dos políticos, que devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra *antiquado* e *impopular*, ou seja, não *cool*.

Nesta conjuntura, os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque

<sup>150</sup> A Questão Primeira do *Malleus Maleficarum*, ou seja, o primeiro ponto de que se ocupa, é o de considerar hereges e condenar os que negam ou põem em dúvida o poder do diabo e das bruxas, inclusive se isso é feito por ignorância e se esta é intencional (trad. italiana, p. 40).

excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*, sem contar muitos outros *folclorismos* penais, como pretender condenar, por favorecimento, parentes de vítimas de sequestro que não denunciem ou que paguem o resgate exigido.

Esta legislação constitui o capítulo mais triste da atualidade latino-americana<sup>151</sup> e o mais deplorável de toda história da legislação penal na região, em que políticos intimidados pela ameaça de uma publicidade negativa provocam o maior caos legal autoritário – *incompreensível e irracional – da história de nossas legislações penais desde a independência.*

Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal; sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entreguerras, que sancionavam leis frontalistas para a propaganda e complacência de seus autocratas, nem com os momentos de legislação repressiva das frequentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor à publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente *cool*, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o vazio do pensamento.

<sup>151</sup> Uma completa avaliação dos nefastos efeitos do autoritarismo *cool* na Argentina encontra-se em José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Córdoba, 2004. Pesquisas semelhantes poderiam ser realizadas, com resultados igualmente catastróficos, em quase todos os países da região. O efeito do discurso único não se limita à América Latina, como o demonstram os trabalhos sobre a reforma espanhola de 2003.

Quando os legisladores latino-americanos estabelecem penas de sessenta ou mais anos em suas leis,<sup>152</sup> são mais patéticos que os social-democratas de Weimar que retiravam os candidatos judeus de suas listas por medo de perderem votos<sup>153</sup> — de que, naturalmente, os sobreviventes que conseguiram chegar ao exílio logo se arrependiam.

*O signo da legislação autoritária cool dos nossos dias é a opacidade, a tristeza, a depressão, a mediocridade, a falta de criatividade, a superficialidade, o desrespeito para com o cidadão: é simplesmente a decadência.* Não existe nela a frontalidade da perspectiva brilhante do autoritarismo ideológico, mas sim a opacidade frontal da ausência de ideias; é absolutamente cool.

Os juízes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado, como aconteceu em vários países da região.

Pouco importa o que as constituições e o direito internacional dos direitos humanos disponham, se os juízes não podem aplicar suas disposições, sob pena de serem denunciados e perseguidos pela pressão dos meios de comunicação, pelos corpos colegiados das próprias estruturas judiciais, pelos políticos que aproveitam para eliminar os magistrados incômodos, para fazer publicidade ou, simplesmente, por seus próprios colegas empenhados em desprestigiar um possível competidor em uma promoção ou em intrigas palacianas.

A vulnerabilidade dos juízes perante o discurso cool é muito grande<sup>154</sup> e, não obstante alguns desvios e excessos lamentáveis,<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Sobre as aporias do tempo no direito penal, ver Ana Messuti, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, 2001.

<sup>153</sup> Sobre as claudicações políticas em Weimar, ver Walter Laqueur, *La Repubblica di Weimar, 1918-1933: I mali oscuri della democrazia europea*, Milão, 1996; e também Antonio Ramos Oliveira, *Historia social y política de Alemania 1800-1950*, México, 1952.

<sup>154</sup> Cf. José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia*, cit., p. 91.

<sup>155</sup> A arbitrariedade legal sempre estimula a arbitrariedade judicial, cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 845.

os juízes constituem a principal frente de resistência diante do avanço do autoritarismo cool, não só na América Latina, como mostram as citadas sentenças da Corte Suprema norte-americana e da Câmara dos Lordes britânica.<sup>156</sup>

## 8. Balanço do exercício real do poder punitivo na história e na atualidade

Considerando o que acabamos de resenhar, é possível verificar que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os *iguais* e os *estranhos*, os *amigos* e os *inimigos*. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural.

De qualquer maneira, o voo sobre a história do exercício real deste poder verticalizador permite comprovar que houve e há graus de seletividade punitiva e que tudo parece indicar que quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, as diferenças do tratamento repressivo entre *iguais* e *estranhos* ou *inimigos* se atenuam, como sucede nos países da União Europeia, por efeito da extensão do âmbito dos *iguais*, ainda que com sérios riscos de retrocesso, devido às migrações de habitantes do Leste europeu e da África e, em menor medida, da América.

Ademais, a história demonstra que os rótulos caíram sobre estereótipos muito diferentes, alguns inimagináveis hoje em dia, conforme a emergência invocada, os preconceitos explorados pelo discurso *völkisch* de cada momento, as corporações que assumiram a hegemonia discursiva e muitos outros elementos imponderáveis, dando lugar a uma desconcertante heterogeneidade que prova a distribuição da qualificação de *estranho* ou *inimigo* com notória *arbitrariedade* ao longo dos séculos, *de acordo com a perspectiva dos que detiveram o poder*.

Na América Latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva perversificada) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os *inimigos* perde muito de seu sentido, uma vez que estas são empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização

<sup>156</sup> Cf. supra, II, 6.

secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* no exercício real do poder punitivo.

Como resultado do autoritarismo *cool* contemporâneo, produto da difusão midiática do sistema penal dos Estados Unidos, a América Latina impõe um tratamento penal diferenciado às suas classes subalternas, de onde extrai os criminalizados, os policizados e os vitimizadores, que se neutralizam politicamente em suas condições internas, exacerbadas pelo discurso vingativo dos meios de comunicação de massa.

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que *aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente*. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienigena* e do *hostis judicatus*.

## III.

### O inimigo nos discursos jurídicos penais e criminológicos

#### 1. O direito penal pré-moderno

Nada é muito novo no direito penal, de modo que a *pré-história da legitimação discursiva do tratamento penal diferenciado do inimigo* pode ser situada na Antiguidade e identificada em Protágoras e Platão.<sup>1</sup> Este último desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a ideia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das ideias puras e, quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado.<sup>2</sup> Protágoras sustentava uma teoria preventiva geral e especial da pena, mas também postulava um *direito penal diferenciado*, segundo o qual os *incorrigíveis* deviam ser excluídos da sociedade.<sup>3</sup>

Portanto, não é necessário recorrer aos séculos recentes para encontrar a teoria e a legitimação do exercício do poder punitivo. Isso poderia ser a comprovação de que o *inimigo* é uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo. Trata-se de uma hipótese que apenas apontamos, porque o que nos interessa diretamente é a forma que este poder assume a partir do seu restabelecimento, oito séculos atrás.

Neste longo período, toda teorização legitimadora do tratamento penal diferenciado para *inimigos* ou *estranhos* baseou-se em *emergências*, ou seja, em ameaças à própria sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que assumiam o caráter de *guerras*

<sup>1</sup> Sobre os antecedentes remotos do tratamento diferenciado aos “inimigos”, especialmente no pensamento grego, ver Luis Gracia Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’”, em <http://criminet.ugr.es/redpc>.

<sup>2</sup> *Las Leyes*, IX (Platão, *Obras Completas*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, T. IV, pp. 95 e ss.).

<sup>3</sup> Platão, *Protágoras*; sobre esse assunto, Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, 1962, p. 35.

e, por conseguinte, *reduziam o direito penal ao direito administrativo e as penas à coerção direta*.<sup>4</sup>

Como o mal que ameaça – a emergência que se invoca – requer uma guerra, a necessidade de neutralizar o mal em ato impõe a eliminação de todos os obstáculos para a defesa frente ao inimigo poderoso, ou seja, a plena disposição do poder ilimitado por parte do *dominus*, que atua sempre pelo e para o bem. Levemos em conta que o *dominus* não é o que é porque atua sempre para o bem, mas ele atua sempre para o bem porque é o *dominus*. Quando isso acontece, o direito penal se identifica com as *medidas administrativas de coerção direta*, ou seja, as que são acionadas quando é necessário neutralizar um perigo atual ou iminente. Em outras palavras, diante da emergência, a distinção entre a coerção que a polícia exerce para deter quem tenta nos apunhalar e a que se pratica em seguida como pena perde todo sentido: ambas passam a ter a mesma natureza discursiva.

A conversão de todas as penas à coerção direta implica a consideração de que toda infração é parte de uma *agressão real* e, conseqüentemente, todo poder punitivo se exerce em situação de *legítima defesa*, o que habilita o dano ao ofensor na medida necessária para conter a agressão, *sem importar a magnitude do dano provocado*. Por esse caminho racionaliza-se a *legitimação da tortura* em toda justificativa inquisitorial de emergência.<sup>5</sup> Ninguém pode negar a legitimidade da ação da polícia que torce o braço de quem tenta matar para soltar a arma, mesmo que o braço seja quebrado, se isso for necessário para evitar o homicídio, porém há que se considerar que, se o sujeito soltou a arma e está sob controle, a agressão real continua, caso se pretenda legitimar que o braço continue sendo torcido e até seja quebrado quando isto já

<sup>4</sup> *Poder de polícia* em terminologia administrativista antiga, como, por exemplo, em Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1950, II, pp. 3 e ss.

<sup>5</sup> Pode-se ver esta racionalização desde o *Malleus* até os discursos de *segurança nacional*, embora nunca com seu verdadeiro nome, mas sim recorrendo a *eufemismos* (sobre este assunto, ver Marie-Monique Robin, *Escuadrones da muerte. La escuadra francesa*, Buenos Aires, 2005, pp. 173 e ss.).

não é necessário para evitar o homicídio, mas porque se deseja saber quem lhe ordenou a missão.<sup>6</sup>

A estrutura da emergência foi claramente manifestada desde a primeira invenção: como Jesus é uma vítima do poder punitivo e não uma divindade guerreira, a ele se opôs um *inimigo guerreiro*, chefe de um exército de demônios, o que permitiu legitimar os exércitos destinados a neutralizá-los em nome de Cristo.<sup>7</sup> Assim, *mediante esta invenção, apresenta-se uma vítima inquestionável do poder punitivo exercendo legitimamente este poder com formidável crueldade*. Desse modo, chega-se ao extremo de se legitimar, em nome de um crucificado pelo poder punitivo, um exercício deste poder que não conhecia precedentes<sup>8</sup> e que não duvidaria em condenar à fogueira o próprio Cristo e, seguramente, por medida de contenção ou de segurança, internaria São Francisco de Assis num manicômio. Seu regresso em versão original os converteria, na atualidade, em *inimigos da sociedade*.<sup>9</sup>

Historicamente, a primeira emergência foi teorizada pelos criminólogos medievais, chamados de *demonologistas*, provenientes da ordem dos dominicanos,<sup>10</sup> e foi sintetizada no famoso *Malleus*

<sup>6</sup> Curiosamente, em todo Estado absolutista desconhece-se a situação real de necessidade e quando se sacrifica a vida ou a integridade física de reféns aduz-se a necessidade de evitar a impunidade. O Estado absolutista, para exercer seu poder punitivo, inventa uma necessidade justificadora quando ela não existe e a nega quando existe. Nessa última pressuposição, a particular e nebulosa *defesa da sociedade* é mais importante do que as vidas das pessoas que fazem parte dela.

<sup>7</sup> Cf. a complicada formação desta dinâmica em Carlos Amadeu B. Beington, prefácio à edição brasileira do *Malleus Maleficarum*, Ed. Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1991.

<sup>8</sup> Ver Franco Cardini, *Magia, brujería y superstición en el Occidente medieval*, Barcelona, 1999; Elia Nathan Bravo, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de brujas*, México, 1997; Brian P. Leveck, *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'Età Moderna*, Roma, 1999.

<sup>9</sup> A lenda do supremo inquisidor se converteria então em realidade (Fiodor Dostoievski, *Los hermanos Karamazov*, Livro V, 5); ver também a página de Nikolae Berdiaev, *Autobiografía espiritual*, Barcelona, 1957, pp. 170-171.

<sup>10</sup> Ver Abbiati-Agnoletto-Lazzati, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Milão, 2003.

*Maleficarum*, primeira teorização extensa, processada e elaborada com fina filigrana, de modo integrado, pela criminologia etiológica, pelo direito penal, pelo processual penal e pela criminalística.<sup>11</sup>

O procedimento inquisitorial obrigava, mediante tortura, a denúncia de outros suspeitos, numa lógica reprodutiva que tendia ao infinito. As vantagens desse procedimento rapidamente levaram o poder a estendê-lo aos tribunais laicos, onde foi aplicado com rigor ainda maior do que nos tribunais eclesiásticos.

Os juízes/policiais/inquisidores consideravam-se imunes ao mal do demônio. A etiologia do mal (bruxaria) respondia a um discurso *teocrático/biológico*, fundado na inferioridade da mulher (mais vulnerável à tentação maligna), por processo genético; encontrando indícios físicos dessa inferioridade (marcas do diabo), ocultavam a tortura com denominações neutras, consideravam que a morte sob tortura era um favor de Satã à bruxa, que o suicídio tinha idêntica natureza, que a loucura produzida pela dor era um favor diabólico que lhe permitia rir do tormento etc.<sup>12</sup> Os piores inimigos eram aqueles que negavam a existência ou o poder das bruxas, pois negavam o poder dos inquisidores, que magnificavam a natureza do mal até o ponto de considerar a bruxaria um crime mais grave do que o pecado original.

O processo penal concentrava nos inquisidores as figuras do defensor, do acusador e do juiz. O defensor era autorizado a atuar em limites muito estreitos, sendo seriamente ameaçado caso se cedesse em sua função. A resistência ao tormento era prova de aju-da diabólica, e a confissão sob tormento era prova de culpabilidade, de modo que a processada era sempre considerada culpada. Apenas indícios bastavam para enviar uma mulher para tortura e a confissão, sob tortura, de outra bruxa já era prova suficiente.

Apesar de o inimigo formal ser Satã, este não podia fazer o mal sem a cumplicidade dos humanos e, entre estes, aqueles com menos dotes intelectuais e morais, ou seja, aqueles que por razões bioló-

<sup>11</sup> H. Krämer-J. Sprenger, *El martillo de las brujas para golpear a las brujas con poderosa masa*, tradução de Miguel Jiménez Montesserín, Valladolid, 2004; *Il martello delle streghe*, Venezia, 1995.

<sup>12</sup> Estas características foram detalhadas pelo primeiro crítico orgânico do *Malleus*, o poeta jesuíta Friedrich von Spee, em 1631, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, Roma, 2004.

gicas e genéticas – por se originar de uma costela curva do peito do homem<sup>13</sup> – eram naturalmente inferiores, ou seja, as mulheres.<sup>14</sup>

É claro que, nesta primeira emergência, a figura de Satã cobria todo o panorama da aversão, porém o poder punitivo real recaía sobre suas cúmplices necessárias: as mulheres. Elas foram as maiores *inimigas* teorizadas pelo direito penal dos primeiros séculos do renascimento do poder punitivo. A aversão a elas era absoluta, porque celebravam pactos com o pior inimigo e porque este não podia praticar o mal sem o concurso delas. Seu pecado era maior que o original, porque Adão e Eva, apesar de terem caído em tentação, não haviam celebrado um pacto com o *maligno*.

## 2. A prevenção geral positiva e a “razão de Estado” como justificativa pré-moderna da seletividade e do poder punitivo

O poder punitivo, conforme a primeira expressão inquisitorial, foi exercido para garantir a debilitada centralidade da autoridade pa-pal e, por isso, no começo, recaiu, de forma genocida, sobre seitas ou dissidentes.<sup>15</sup> Posteriormente, com a quase completa extinção dos dissidentes, passou a ser exercido sobre as mulheres e o proce-dimento foi rapidamente imitado pelos tribunais laicos. Com a

<sup>13</sup> Assim, *El martillo de las brujas*, Valladolid, 2004, p. 101. É curioso assinalar esta passagem pouco compreensível, que faz referência a *uma costela curva, isto é, uma costela do peito, que está torcida e é como oposta ao varão*. Não se compreende o que é o oposto do varão, ou onde o varão é reto. Dada a vinculação da Inquisição e seu saber *cumulativo senhorial* com a ideia do tempo linear, vale recordar que, em 1979, Julia Kristeva sustentou a tese de que o tempo linear (morte) é próprio do homem, enquanto o tempo cíclico (ressurreição) é feminino, vinculado aos ciclos biológicos.

<sup>14</sup> A pretensa inferioridade da mulher, que a fazia cúmplice necessária do inimigo (Satã), era expressa por uma falsa etimologia da palavra *femina*, sendo atribuído a *fe* e *minus* o significado de menos fé (*El martillo de las brujas*, Valladolid, 2004, cap. VI, p. 102), quando, na realidade, provém da raiz sânscrita *dhe*, chupar ou amamentar (cf. Roberts-Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madri, 1997).

<sup>15</sup> Ver Hoffman Nickerson, *La Inquisición y el genocidio del pueblo cántaro*, Barcelona, 2005; Jesús Mestre, *Cathari. Problema religioso, pretexto político*, Barcelona, 2005.

Contrarreforma, a Inquisição se reorganizou e passou a se ocupar dos hereges luteranos. Tal como foi exercido durante toda a pré-modernidade, tratava-se de um poder punitivo extremamente seletivo.

A doutrina atual costuma passar por cima do dado da seletividade, o que é muito significativo, pois se trata da característica estrutural mais vulnerável à crítica política e social do poder punitivo. Diferentemente desta ignorância, ou omissão, atual e pouco explicável, a doutrina pré-moderna fazia carga contra o posicionamento crítico ou o prevenção. A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que *para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo*.

A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade — quer passando por cima dela, quer subestimando-a — é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua consequente funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em um número muito reduzido de casos e até em nenhum, com relação a certos delitos. Por conseguinte, não é de se estranhar que a doutrina pré-moderna tenha elaborado este argumento. Embora costumem ser mostrados como tais, o valor simbólico da pena e a prevenção geral positiva não resultam de desenvolvimentos modernos e contemporâneos, e menos ainda pós-modernos. Na verdade, as teses atuais a esse respeito representam uma volta aos discursos sustentados no século XVI. Seu expositor mais claro foi ninguém menos que Jean Bodin, que, juntamente com Hobbes,<sup>16</sup> é um dos fundadores do conceito de soberania.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Ver Carlos S. Faet, *Historia del pensamiento político*, Buenos Aires, 2004, T. II, pp. 143 e ss. Da mesma forma que Hobbes, Bodin escrevia sob o impacto das guerras religiosas e, por conseguinte, outorgava ao Estado uma base de legitimidade diferente da religiosa e de caráter positivo (ver, sobre este tema, Alejandro Aponete, *Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Nomos Verlag, 2004, cap. I, A, 6, 6.1.).

<sup>17</sup> Juan Bodino, *Los seis libros de la República, traducidos de lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; ver a esse respeito o estudo preliminar de José Luis Bermejo Cabrero.

Bodin reclamava maior repressão às bruxas, cuja perseguição havia diminuído na França,<sup>18</sup> e com esse objetivo discorria sobre a pena em geral da seguinte maneira:

Há dois meios pelos quais as Repúblicas mantêm seu Estado e sua grandeza: os prêmios e os castigos. Os primeiros para os bons, os outros para os maus. Sem este equilíbrio, só resta esperar a inevitável ruína do Estado. Sem dúvida, não é necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juizes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens. Deste modo, para dez crimes, há apenas uma condenação e normalmente os condenados são ardilosos. Aqueles que têm amigos ou dinheiro habitualmente escapam da mão dos homens. Claro que nem seus amigos nem seus bens os protegerão da mão de Deus.<sup>19</sup>

Como este parágrafo evidencia, não importava a extrema seletividade que excluía os amigos e os endinheirados do alcance do poder punitivo, porque bastava punir um em dez, ainda que este um fosse um *esperto* qualquer ou um *velhaco*. A única explicação para que Bodin visse cumprido o primeiro requisito de seu parágrafo era que as execuções dos *espertos* servissem apenas exemplarmente, ou seja, para reafirmar a confiança no próprio sistema. Assim Bodin se manifesta algumas páginas antes do mencionado parágrafo:

É saudável (*c'est une chose salutaire*) para o corpo da República buscar e punir severamente os bruxos. De outra maneira, existe o perigo de o próprio povo matar a pedradas os magistrados e os bruxos.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Cf. Anne Lewellyn Berstow, *La caza de brujas en Europa*, Tikal Ediciones, Girón, s.d. (2003?), p. 101; outros autores destacam que esse período não teria sido assim tão benigno com as bruxas: Th. de Cauzons, *La magie et la sorcellerie en France*, Paris, s.d., III, pp. 233 e ss.

<sup>19</sup> J. Bodin, *De la demonomanie des sorciers. De l'inquisition des sorciers*, Livro IV, Capítulo 5, "De la peine qui méritent les sorciers", 215-217, Paris, chez Jacques du Poes, Libraire luré, 1587. pp. 215-217 (agradecemos essa referência ao Dr. Rodrigo Codino).

<sup>20</sup> Idem, p. 185 *in fine*.

É a saúde do corpo da República, ou seja, o sistema ou organismo da República, que se desequilibraria, dando lugar a que o povo se voltasse contra os próprios magistrados, o que impunha a execução dos *espartos* que carecem de dinheiro e de amigos. Em outras palavras, era a própria preservação do poder dos magistrados que os obrigava a matar uns poucos *velhacos*. Com essas mortes, o povo se tranquilizava, isto é, não se rebelava, vale dizer, em jargão funcionalista de hoje, a situação se renormalizava.

### 3. A doutrina penal da modernidade e a pretensa individualização "ôntica" do inimigo

Com a modernidade, todas as teorizações baseadas em discursos teocrático-biológicos foram deixadas de lado. Retomou-se o idealismo platônico e tendeu-se a deixar o *estranho* de fora do direito penal para entregá-lo a medidas policiais (direito administrativo), em especial se se tratava de *indesejáveis* ou *indisciplinados* (*perigosos em potencial*).

Isso pôde ser teorizado a partir do próprio Hegel. Para ele, toda relação jurídica pressupõe a liberdade da vontade, pois quem não é *autoconsciente* não pode entrar nessa relação, dado que "o campo do direito é o espiritual, e seu lugar preciso e seu ponto de partida é a vontade, que é livre, de sorte que a liberdade constitui sua substância e determinação; e o sistema do Direito é o reino da liberdade realizada, o mundo do espírito expresso por si mesmo, como em uma segunda natureza".<sup>21</sup>

Como o *estranho* não é *autoconsciente*, não lhe cabe essa *segunda natureza*; por conseguinte, não pode ser submetido à pena, porque não atua com relevância jurídica e não pode cometer um delito, e sim somente representar um perigo, como um animal que escapou do zoológico.

Deve-se lembrar que, para Hegel, o direito pertence ao momento do espírito objetivo, posterior ao movimento através do qual o sujeito supera o momento subjetivo e se torna autoconsciente. Como o *estranho* não chegou a esse ponto, não pode se relacionar com outro ente autoconsciente e, por conseguinte, seu comporta-

<sup>21</sup> Hegel, *Filosofia del derecho*, México, 1985, pp. 31-32.

mento não pode ter relevância jurídica. Daí só se precisa dar um passo para convertê-lo em inimigo, sob a suposição de mostrar-se *refratário*. É justo reconhecer que Hegel não recorreu a este caminho, ainda que suas opiniões pejorativas com relação às culturas colonizadas permitissem fazer essa inferência.<sup>22</sup>

Todavia, a mudança mais importante para o autoritarismo pela via do direito penal de autor ocorreu no século XIX, quando as classes de industriais e comerciantes já haviam alcançado a hegemonia social em relação à nobreza e ao clero e, por conseguinte, já não necessitavam do discurso de contenção do poder punitivo elaborado pelos juristas e filósofos, ou seja, o discurso penal liberal proveniente do Iluminismo. Quem levou a cabo esta volta ao inquisitório foi o *positivismo criminológico*, que teorizou todo o *direito penal como direito administrativo e todas as penas como medidas de coerção direta frente aos perigosos. Isso era coerente com sua estrutura autoritária, porque, como é sabido, o princípio inquisitorial acaba definitivamente com o direito penal e o dissolve na coerção direta do direito administrativo*.

Quatro séculos depois do Malleus, o positivismo criminológico, com o mesmo esquema integrado de criminologia etiológica, direito penal, processual penal e criminalística, retornou abertamente ao sistema inquisitorial. O *estranho* ou *inimigo*, tanto o criminoso grave como o dissidente,<sup>23</sup> voltou a ser biologicamente inferior, não em

<sup>22</sup> Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980, pp. 169, 177, 183, 215, 354, 596, 657.

<sup>23</sup> Sobre os dissidentes, ver Cesare Lombroso, *Gli anarchici*, Turim, 1894; Lombroso e Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, Paris, 1892; Benito Mario Andrade, *Estudio de antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899, pp. 203 e ss.; os considerados supernormais também eram vistos com desconfiança (Lombroso, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Turim, 1894). Max Nordau o seguia de perto, considerando degenerados todos os artistas perigosamente criativos, especialmente Oscar Wilde (*Degeneración*, Madrid, 1902, II, pp. 118 e ss.), ao que Wilde parece ter respondido que os normais costumavam ser idiotas (cf. Richard Ellmann, *Oscar Wilde*, Nova Iorque, 1987, p. 550). Os líderes de movimentos de massa eram considerados da mesma maneira: Gustave Le Bon, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; *Psicología das multidões*, Rio de Janeiro, 1954; Scipio Sighele, *I delitti*:

razão de gênero, como no caso das bruxas,<sup>24</sup> mas sim por ser patológico ou pertencer a uma raça não suficientemente evoluída (é um colonizado nascido por acidente na Europa<sup>25</sup>) ou por ser um *degenerado* (produto involutivo de uma raça superior).<sup>26</sup> Satã era substituído pela *degeneração* e o que se impunha era a neutralização dos *degenerados inferiores*, evitando, se possível, sua reprodução mediante a esterilização e a *eugenia*.<sup>27</sup>

A pena desapareceu, substituída por medidas administrativas de coerção direta destinadas a conter o perigo que os infratores

*della Jolla*, Turim, 1910; J.M. Ramos Mejía, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; sobre a criminalização de multidões e líderes, ver Jaap van Ginneken, *Folla, psicologia e politica*, Roma, 1989.

<sup>24</sup> Ainda assim, as mulheres continuavam sendo consideradas inferiores em inteligência e, portanto, inclinadas à prostituição, como “equivalente” do delito: Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Turim, 1915; quanto à prostituição, ver também Paul Kovalevske, *La Psychologie criminelle*, Paris, 1903, I, pp. 181 e ss.

<sup>25</sup> Lombroso destaca a semelhança do criminoso nato com o mongolóide e o negróide (*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie. Delinquente nato e pazzo morale*, 3ª. ed., Turim, 1884, pp. 248 e 295). Há muito tempo atribuíam-se características humanas aos animais, para em seguida classificar os seres humanos conforme estes animais. Foi esta a tarefa iniciada pelos fisionomistas, de Giovan Battista della Porta, *Della fisionomia dell'uomo. Con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1988. Para o século XVIII, ver Johann Caspar Lavater e Georg Christoph Lichtenberg, *Lo specchio dell'anima. Pro e contro la fisionomica. Un dibattito settecentesco*, edição de Giovanni Gurisatti, Padova, 1991; Lucia Rodler, *Il corpo specchio dell'anima. Teoria e storia della fisionomica*, Bruno Mondadori, 2000; e Laurent Baridon e Martial Guédron, *Corps et art, Physionomies et physiologies dans les arts visuels*, Paris, 1999. Um metucioso e inteligente desdobramento do tema é encontrado em Armelle Le Bras-Chopard, *El zoo de los filósofos. De la bestialización a la exclusión*, Taurus, Madri, 2003.

<sup>26</sup> Sobre este assunto, ver Daniel Die, *Volli della degenerazione, una sindrome europea 1848-1918*, Florença, 1999.

<sup>27</sup> A esse respeito, ver Marisa Miranda e Gustavo Vallejo (compiladores), *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*, Buenos Aires, 2005.

representavam para a sociedade. Os juizes assumiam a função de policiais (como no *Malleus*) e, por certo, os *estranhos* ou *inimigos* (reconhecíveis pelo estereótipo) tornavam-se muito mais perigosos do que os *iguais*; dada sua inferioridade inutável, só cabia *eliminá-los*. A argumentação teórica apagava o velho tratamento diferencial de matriz hegeliana, pois para o positivismo os *iguais* também eram submetidos a medidas policiais, só que as destinadas aos *inimigos* eram *eliminatórias* e as dos *amigos* eram *corretivas*.

Para o positivismo, o *inimigo* ou *estranho* não era alguém assinalado como tal pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo deste modo a existência *ôntica* do *inimigo*; o *estranho* do positivismo não é um *inimigo político* no sentido de que assume esse caráter em função de um ato de individualização política ou de poder — diferentemente do que Carl Schmitt logo definirá —, mas sim um *inimigo ôntico*.

As expressões mais grosseiras desta teorização da *periculosidade* e da pretensão de individualização *ôntica* do *inimigo* pertencem a Rafael Garofalo, para quem a ciência penal teria por objeto a defesa contra os “inimigos naturais da sociedade”<sup>28</sup> e a indulgência dos magistrados não seria mais que “o triunfo da lógica conseguido às expensas da segurança e da moralidade sociais”.<sup>29</sup> “Aos olhos do povo” — escrevia, no que se assemelha ao melhor tom *völkisch* ou popularesco da publicidade vingativa *cool* do início do século XXI —, “os códigos, os procedimentos e mesmo o Poder Judiciário parece que fizeram um acordo para proteger o criminoso contra a sociedade, em vez de proteger a sociedade contra o criminoso”.<sup>30</sup>

Como bom seguidor de Spencer,<sup>31</sup> Garofalo afirmava que a sociedade devia produzir algo equivalente à seleção natural de Darwin<sup>32</sup> e, por conseguinte, os inimigos deviam ser eliminados, pois “median-

<sup>28</sup> R. Garofalo, *La criminologia*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madri, s.d., pp. 7, 11, 14 e 15.

<sup>29</sup> Idem, p. 11.

<sup>30</sup> Idem, p. 15.

<sup>31</sup> Considerava-o “o maior dos filósofos contemporâneos”, idem, p. 97.

<sup>32</sup> Idem, p. 326. O argumento foi retomado pelo nazismo: Helmut Nicolai, *Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*, Munique, 1932.



te uma matança no campo de batalha a nação se defende de seus inimigos externos; mediante uma execução capital, de seus inimigos internos".<sup>33</sup> Sua definição de *inimigo* era brutalmente etnocentrista e racista, pois pretendia reconhecê-lo mediante "a *recta ratio* destes povos civilizados, das raças superiores da humanidade, exceção feita a tribos degeneradas que representam, na espécie humana, uma anomalia semelhante à que os malfeitores representam na sociedade".<sup>34</sup>

Os *inimigos* não se circunscriviam aos *criminosos graves*, mas também incluíam os *indesejáveis* (pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores etc.), caracterizados desde muito antes como *classes perigosas*<sup>35</sup> e depois batizadas como *má vida* e tratadas na literatura com pretensões de trabalhos de campo.<sup>36</sup> Para eles se destinavam penas sem delicto (medidas detentivas policiais ilimitadas<sup>37</sup>).

<sup>33</sup> Garofalo, *Criminología*, p. 133; p. 59 da 2ª ed. italiana, Turim, 1891.

<sup>34</sup> Idem, p. 102.

<sup>35</sup> O livro mais importante foi escrito por um policial de Paris. A despeito da carência de discurso, a obra refletia, ao mesmo tempo, a importância que era conferida ao problema: H. A. Frégier, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*, Bruxelas, 1840.

<sup>36</sup> Na realidade, deram continuidade à tradição de Frégier, mesclando informação policial com preconceitos e conceitos morais: Rafael Salillas, *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, Madri, 1898; Alfredo Nicéforo e Scipio Sighele, *La mala vida en Roma*, Madri, 1901; Bernaldo de Quirós, Constanancio, *La mala vida en Madrid. Estudio psicossociológico con dibujos e fotografías al natural*, Madri, 1901 (reed. Madri, 1998); Max Bembo, *La mala vida en Barcelona*, Barcelona, 1912; Eusebio Gómez, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908 (com prefácio de José Ingenieros). Quanto à sua repercussão nos estereótipos estéticos, ver Domingo F. Casadevall, *El tema de la mala vida en el teatro nacional*, Buenos Aires, 1957. É interessante a recopilación literária de Ernesto Ferrero, com prefácio de Leonardo Sciascia, *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*, Milão, 1973; sobre o tratamento diferenciado no Rio de Janeiro, ver Lená Medeiros de Menezes, *Os indesejáveis: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*, Rio de Janeiro, 1996.

<sup>37</sup> A definição de Ingenieros é sumamente ilustrativa a respeito dos *inimigos* identificados como *estranhos*: *É uma horda estrangeira e hostil dentro do*

Na variante alemã mais jurisdizante do positivismo, Franz von Liszt propunha a imposição de penas ressocializadoras para os *iguais* um tanto equivocados e penas meramente intimidatórias para os ocasionais (*muito iguais*). Porém, como na sua época era impossível executar uma matança em massa dos incorrigíveis (os verdadeiros *inimigos*, que abrangiam as categorias de criminosos graves e incômodos), ou deportá-los, ele optava, com certa resignação, pela imposição de penas neutralizantes: "A sociedade" — escrevia — "deve proteger-se dos irrecuperáveis, e como não podemos decapitar nem enforcar, e como não nos é facultado deportar, não nos resta outra saída senão a privação de liberdade por toda a vida (nesse caso, por tempo indeterminado)".<sup>38</sup> Liszt declarava guerra à *delinqüência habitual* e à *má vida*, considerando como tais

os casos de enfermidade social que costumam ser designados sinteticamente pela denominação genérica de proletariado, mendigos e vagabundos, alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição, vigaristas e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam o exército dos *inimigos* por princípio da ordem social, em cujo estado-maior figura o delinqüente habitual.<sup>39</sup>

A leitura deste parágrafo indica a validade da afirmação de que as ideias de *habitualidade* criminal de Franz von Liszt, talvez o mais normativista e elaborado dos positivistas, concretizaram-se com a lei nazista de 1933 sobre delinqüência habitual.<sup>40</sup>

*seu próprio torrão natal, audaz na armadilha, dissimulada no comportamento, infatigável na tramitação pérfida de seus programas trágicos* (prólogo a Gómez, p. 6).

<sup>38</sup> Ver Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, Valparaíso, 1984, p. 120; existe uma outra tradução, de Carlos Pérez Del Valle, Granada, 1995. *Générale, Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*, Basileia e Genebra, Verlag von Georg & Co., 1893, pp. 10 e 11.

<sup>39</sup> Franz von Liszt, *La idea...*, cit., p. 116 da trad. de Aimone Gibson e p. 84 da de Pérez del Valle.

<sup>40</sup> Cf. Carlos Julio Lascano, "A insustentável 'modernização do direito penal' baseada em um 'direito penal para inimigos' (como manifestação de um novo direito penal autoritário)", em *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, 1, 2004, pp. 179 e ss.

A legitimação da categoria de delinquente habitual e da im- posição de uma pena desproporcional à magnitude do último de- lito cometido — pelo qual era imposta — tornava difícil à doutrina voltar-se para o idealismo através do neokantismo. Consequen- temente, quando se retoma o esquema que pode ser remetido a Hegel, seu discípulo Carl Stooss substituiu-o por medidas admi- nistrativas policiais,<sup>41</sup> inventando o que hoje se conhece por *me- didas de segurança*,<sup>42</sup> negando-lhe, porém, o caráter penal:

as medidas de segurança não se baseiam em uma ação determinada, mas sim no estado da pessoa. Não se trata de impor uma punição a ninguém por sua conduta culpável, mas sim de tratá-la de modo adequado ao seu estado. Esta modalidade decide sobre a forma e a duração do tratamento. Não obstante, a medida de segurança tem em comum com a pena a finalidade de deter os crimes.<sup>43</sup>

Stooss concluía, taxativamente, que, “baseando-se na carac- terística perigosa de uma coisa, a medida não tem natureza penal; ela vai *in rem*, não *in personam*”.<sup>44</sup>

Resulta daí que desde, os projetos suíços de Stooss do final do século XIX e começo do século passado, teoriza-se sobre um direito penal para *iguais* e outro para *estranhos ou inimigos* (ou racionalizado como direito administrativo ou *de polícia* para os *outros*), destinando aos primeiros penas retributivas e aos segundos *medidas administrativas* que estão com um pé no penal e outro na coerção administrativa direta, pois não respondem à gravidade do fato, mas sim ao direito penal de autor, conforme sua *periculosidade positivista*. Vão *in rem*, como dizia Stooss, seguindo uma *coisa perigosa* em razão de seu estado.

<sup>41</sup> Inventadas primeiro para os inimputáveis: *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil. Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale, Tracé par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*, Basileia e Genebra, Verlag von Georg & Co., 1893, pp. 10 e 11.

<sup>42</sup> Sobre este tema, ver a análise muito pormenorizada de Enzo Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milão, 1978.

<sup>43</sup> Carl Stooss, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u. Leipzig, 1913, p. 192

<sup>44</sup> Idem.

Em resumo, qualquer que seja a racionalização, as então batizadas *medidas de segurança* são penas sem os limites nem as garantias das penas, e desde cedo essa característica foi advertida e denunciada através da precisa expressão *embuste das etiquetas*,<sup>45</sup> porém acabaram admitidas sem maiores questionamentos pela dou- trina. A maior parte da literatura penal do século passado teorizou-as como *medidas*, discutindo apenas se pertenciam ou não ao direito penal, invocando sua autonomia como argumento para aplicá-las retroativamente.

Dessa maneira, Stooss renovou na Suíça — e, assim, no mun- do de língua alemã — o direito penal duplo, que, sem maior teorização prévia, era praticado na França e na Grã-Bretanha — e na Argentina —, mediante as leis de deportação. As *medidas* de Stooss substituíam a deportação em um país que, como lamentava seu mestre von Liszt, não podia praticá-la porque não possuía colônias.

A combinação deste direito penal cindido, que permitiu um desenvolvimento idealista retribucionista para os *iguais* (pessoas) e outro determinista periculosista para os *estranhos* (coisas perigo- sas), caiu numa espécie de esquizofrenia filosófica e antropológica, porque combinou o idealismo da ética tradicional com o determinismo positivista, algo assim como se se tratasse os *amigos* ou *iguais* len- do Aristóteles, São Tomás, Kant e Hegel, e os *inimigos*, *diferentes* ou *estranhos* conforme Haeckel e Spencer.

Em que pese a incoerência básica,<sup>46</sup> esta racionalização permi- tiu o expediente prático de impor penas limitadas aos *iguais* e penas ilimitadas aos *diferentes* ou *inimigos*, obtendo, assim, um êxito sin- gular na codificação. Essa distinção traduziu-se na legislação de duas maneiras: a *vicariante* e a de *duplo binário*.

A quem era considerado decididamente *inimigo ou estranho*, impunha-se a *medida* ou pena indeterminada ou desproporcional.

<sup>45</sup> Expressão de Ed. Kohlrausch, “Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand”, em *ZStW*, 44 (1924), pp. 21-34.

<sup>46</sup> Procurou-se salvá-la pela via *espiritualista*, apelando-se à escolástica e pretendendo-se que a infração criava um *estado de culpabilidade*, por analogia ao *estado de pecado* (cf. Giuliano Allegra, *Dell'abitualità criminosa*, Milão, 1928).

Entretanto, nos casos em que essa qualidade do sujeito não podia ser totalmente assegurada, o *sistema vicariante* também autorizava o juiz a substituir a pena limitada pela ilimitada ou desproporcional (*medida*). Para esses mesmos casos, o *sistema de duplo binário* impõe a pena limitada e, além dela, a ilimitada, ou seja, ambas se somam.

Este último critério, sem dúvida o mais autoritário, foi adotado em 1930 pelo *Código Rocco*. De alguma maneira, sua arquitetura respondia ao esquema do idealismo atual: segundo a corrente mais identificada com o fascismo no interior desta posição filosófica,<sup>47</sup> o ser humano nunca é totalmente livre, pois a liberdade absoluta só se alcança em Deus. Todavia, de qualquer maneira seria possível distinguir os que são um tanto mais livres, aos quais se deve retribuir o mau uso da liberdade com uma pena retributiva e desprezar a parte de determinismo que houver; inversamente, há outros (inimputáveis) que, por serem predominantemente determinados, precisam ter sua periculosidade neutralizada com uma pena indeterminada (medida), desprezando-se a parcela de liberdade que pode restar a eles. Por último, estão os que são mais ou menos livres ou, o que dá ao mesmo, mais ou menos determinados; a eles, deve ser retribuído primeiro o mau uso da liberdade com uma pena limitada e, em seguida, neutralizar-lhes a periculosidade com uma pena ilimitada (medida).

Parece bastante claro que as penas detentivas desproporcionais e indeterminadas (medidas) dos textos que acompanham o código italiano de 1930 (códigos uruguaio e brasileiro) estão destinadas à eliminação de *inimigos* (criminosos graves, por um lado, e *indesejáveis*, por outro — estes últimos comumente chamados *habitais, profissionais, multirreincidentes* etc.).

No sistema *vicariante*, a pena indeterminada (medida) pode substituir a pena limitada pela culpabilidade, podendo ver-se aí uma tácita remissão ao hegelianismo: aos *cidadãos* são impostas penas retributivas, aos *estranhos* medidas meramente de contenção e, por último, nos casos duvidosos, deixa-se que o juiz decida, podendo acontecer que a medida substitua (vicarie) a pena.

<sup>47</sup> Sobre o inspirador desta versão do chamado idealismo atual, Giovanni Gentile, ver supra, Ugo Spirito, 1969, cit.; Sergio Romano, 1990, cit.

O sistema vicariante tende a ser a forma menos autoritária de combinação de penas limitadas e indeterminadas, dependendo da extensão que se imponha a esta última.

Cabe advertir que se a chamada *medida* não supera o limite da pena imposta ou que devesse ter sido imposta conforme à culpabilidade, como sucede em alguns textos legais, trata-se de uma mera questão de execução penal que, seguramente, não muda a natureza da pena, porque não excede a privação de direitos que esta implica. Só quando a chamada *medida* que vicaria a pena a supera encontramos-nos diante de um caso de tratamento diferenciado do *inimigo*.

Esta advertência é bastante óbvia, porém, sem dúvida, nem sempre é levada em conta em relação às chamadas *medidas*, o que pode acarretar graves consequências. Efetivamente, a garantia do direito penal de ato se estabelece, da mesma forma que todas as garantias, como um limite ao poder punitivo (*não se deve recorrer ao direito penal de autor para agravar consequências penais para além da culpabilidade pelo ato*), porém nada impede que se faça direito penal de autor para exercer menor poder punitivo que o assinalado pela culpabilidade pelo ato (direito penal de autor *in bonam partem*). Esta exceção às garantias ou limites ao poder punitivo *in bonam partem* só seria inadmissível quando, contrariando princípios republicanos — ou seja, afastando-se da racionalidade republicana e precisamente por isso —, lesa-se o princípio de igualdade de tratamento perante a lei (caso se aplique tratamento penal mais benigno por uma mesma infração ao funcionário público do que a alguém que não o é, por exemplo;<sup>48</sup> ao *amigo*, o benefício, ao *inimigo*, nada). Não obstante, com esse pressuposto, quem fosse lesado em seu direito à igualdade de tratamento não poderia reclamar que este tratamento não seja aplicado ao privilegiado, mas sim que lhe seja oferecido o mesmo tratamento destinado ao *amigo*.

<sup>48</sup> Um caso claro é o de alguns projetos legislativos na América Latina, que postularam a presunção de legítima defesa para o funcionário policial que matasse um suspeito; outro exemplo é a determinação constante da codificação patriarcal do século XIX, que exime o marido de responsabilidade pelo uxoricídio face ao flagrante de adultério da mulher.

De qualquer modo, é claro que, fora dos casos assinalados, ou seja, quando se racionalizam penas indeterminadas e desproporcionais (*medidas*), o direito penal não faz nada além de admitir que existem pessoas às quais são aplicados confinamentos de contenção, de acordo com a magnitude de sua *periculosidade*. Tal conclusão foi admitida expressamente por quase todos os autores tradicionais, sem que, em nenhum momento, um direito penal preocupado centralmente com a teoria do delito e que descuidava de suas consequências punitivas – ou seja, que hipotrofiava a teoria do delito e atrofiava a teoria da pena – tenha-se detido ou tenha levantado alguma crítica a esse respeito.<sup>49</sup>

Assim, um autor tão respeitável como Welzel – a quem vale a pena citar só como mero exemplo, entre tantos outros – afirmava, com toda clareza e sem nenhuma dúvida, que a pena cumpre seu compromisso

frente aos autores ocasionais ou de conflito das camadas da população socialmente aptas para a convivência, porém não é suficiente em relação à periculosidade do autor que ultrapassou a culpabilidade em certos delinquentes por estado. Para eles, a pena deve ser complementada por medidas de segurança cuja base não está na culpabilidade mas sim na periculosidade.<sup>50</sup>

Mais adiante, e com referência à chamada *internação de segurança* do parágrafo 42 do velho código penal alemão, ele dizia que esta

se impõe ao delincente reincidente reiterado por uma disposição íntima. Esta é a realização de uma antiga exigência da política criminal, desde que Liszt, em 1882, exigiu, no Programa de Marburgo, a incapacitação de delinquentes incorrigíveis (*medialie*) ante uma pena indeterminada) e desde que Carl Stooss, a partir de

<sup>49</sup> Uma notável exceção a esta indiferença do sistema binário, que deve ser recordada, é a pré-dica de Giuseppe Bettiol contra as medidas de segurança do código italiano, por considerá-las incompatíveis com o estado de direito. Sobre isso, ver Giuliano Vassalli, “L’expérience des mesures de sûreté en Italie”, em *Scritti Giuridici*, Milão, 1997, vol. I, II, p. 1.517.

<sup>50</sup> Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Bustos Ramírez e Eánez Perez, Santiago do Chile, 1970, p. 333; *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 244.

1893, nos projetos suíços, indicou o caminho do sistema dualista da complementação da pena mediante a medida de segurança.<sup>51</sup>

Deste modo, por iniciativa de um dos mais destacados autores alemães do século passado, ficaram claramente estabelecidos dois tratamentos penais bem diferenciados: (a) um para os infratores que pertencem às camadas socialmente aptas para a convivência e (b) outro para aqueles que não pertencem a elas. Os primeiros são retribuídos com uma pena limitada e proporcional, ao passo que os segundos são neutralizados com uma pena desproporcional e indeterminada (medida), conforme a exigência de incapacitação sustentada por von Liszt e racionalizada por Stooss.

Cabe observar que o problema que a pena a ser imposta coloca a um autor com *consciência dissidente* pouco tem a ver com esta *incapacitação da má vida*, ampla e generalizada, admitida como consequência da periculosidade positivista, considerando que alguns autores de crimes de destruição em massa podem ser incluídos nessa categoria,<sup>52</sup> particularmente alguns *terroristas* islâmicos, em especial os que levam a cabo atentados suicidas frustrados. É bastante claro que, nesses casos, a pena cumpriria uma função de contenção, porém isso não a converte em *medida administrativa* nem em *medida de segurança* nem autoriza a impor uma pena desproporcional relativamente à culpabilidade do fato. Se esta pena não é considerada como tal por Jakobs, isso ocorre apenas em razão de sua teoria da pena, mas nada impede que seja considerada uma verdadeira pena por quem não compartilha dessa tese. Podemos afirmar, portanto, que, em qualquer caso, a pena deve ser adequada à sua culpabilidade, considerando que a *consciência dissidente* não tem o efeito mecânico de cancelar a culpabilidade pelo ato. Ademais, a possibilidade de impor penas detentivas de contenção (*medidas*) aos autores por *consciência dissidente* foi proposta em plena República de Weimar por autores claramente liberais.

Qualquer que seja a posição adotada a esse respeito, não há dúvida de que o círculo de autores com *consciência dissidente* é

<sup>51</sup> Idem, pp. 363 e 266, respectivamente.

<sup>52</sup> Cf. Bibiana Birriel e Carlos Christian Sueiro, “El terrorismo y sus dos discursos: del derecho penal del enemigo al autor por convicción”, em *Congreso*, Guaiaquil, 2005.

*muito mais limitado* do que o amplíssimo conceito de *inimigo*, que, como vimos na análise da história do exercício real do poder punitivo, não é nada além de um rótulo que se distribuiu sempre com a mais vasta arbitrariedade, a ponto de ninguém no mundo poder considerar-se livre de ser eventualmente rotulado.

#### 4. O coroamento do inimigo ôntico garofaliano: a legitimação do genocídio pelo direito penal do século XX

Cabe observar que a cisão do direito penal e o desenvolvimento de um ramo paralelo às penas determinadas — comportando *medidas* de segurança ou penas indeterminadas e desproporcionais, destinadas aos *indesejáveis* e *dissidentes* — conheceram diferentes graus na doutrina jurídico-penal. A rigor, a tese de Stooss foi, apesar de tudo, relativamente prudente e até progressista, porque, com suas *medidas*, substituiu a velha eliminação física e a deportação, o que parecia representar um avanço na sua época. Deve-se levar em conta que é sempre menos grave manter um ser humano encerrado por tempo indeterminado do que matá-lo ou deportá-lo para regiões remotas do planeta, implicando alta probabilidade de morte e sem possibilidade de regresso ao país.

Menos prudente foi a introdução das chamadas *medidas* no código fascista, significando simplesmente a extensão das penas por meras razões de contenção e por tempo ilimitado,<sup>53</sup> com base no argumento de que tinham caráter administrativo e não penal. Essa ficção manifestou-se de modo inquestionável na racionalização da exposição de motivos do código brasileiro de 1940, claramente inspirado no modelo de Rocco de 1930. Ali, afirmava-se que esse texto não violava nenhum dos limites penais impostos pela Constituição — que, entre outros pontos, proibia as penas privativas da liberdade acima de trinta anos —, pois não se tratava de penas, mas sim de *medidas*.<sup>54</sup> Tampouco caracteri-

<sup>53</sup> Há muito tempo que esse processo e suas consequências práticas chamam a atenção. Ver o informe da delegação italiana nas *Primeiras Jornadas de Defesa Social de América Latina, celebradas entre el 5 y el 7 de agosto de 1974*, Caracas, pp. 153 e ss.

<sup>54</sup> República dos Estados Unidos do Brasil, *Código Penal, Decreto-lei nº 2.848 — 1-12-40*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1941, parágrafo 33 da exposição de motivos, p. XXIII.

zou-se por sua prudência o projeto de código penal conhecido como *Código Penal Tipo para a América Latina*, obra típica dos anos 1960 e tributária do neokantismo alemão,<sup>55</sup> que combinava, de forma ilimitada, penas e *medidas* tanto para o *dúplio binário* quanto para o sistema *vicariante* e sem precisar sequer as características dos infratores que a elas seriam submetidos.<sup>56</sup>

A naturalidade com que estas medidas eram propostas, bem como o acordo geral a seu respeito, ou seja, seu tratamento bem mais superficial por parte da nata do penalismo latino-americano do século passado, atestam o grau de internalização que o tratamento diferenciado do *inimigo perigoso* havia alcançado no direito penal dessa época.

Esta aceitação sem questionamentos procedia da segurança com que se pretendia que os *inimigos* fossem identificados, derivada da tradição garofaliana, depurada pelas difusas categorias de Liszt. Nessa tradição, o *inimigo* não é um mero produto de sinalização política, não se trata de um ato de poder que o individualiza. O que se pretende é que sua natureza surja de sua própria existência, dos próprios fatos; é *ôntica* e, por conseguinte, está fora de toda arbitrariedade política. O *inimigo* é quem anda na *má vida*, que é um conceito pretensamente material, ainda que essa fórmula tão antiquada quanto precisa não o mencione.

A verdade, porém, é que aceitar o tratamento diferencial dos *inimigos* ou *estranhos* pretendendo — à moda garofaliana — que eles sejam reconhecidos onticamente é uma questão que, por mais que seja tratada com prudência, sempre implica um

<sup>55</sup> Ver Faculdade de Direito e Ciências Políticas, Instituto de Direito Penal, *El Código Penal Tipo para Latinoamérica, Actas da 1ª e 2ª reuniões plenárias, ponencias e diversos artículos aprobados*, Rosário, 1969; Francisco Grisolia (diretor), *Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General*, Santiago do Chile, 1973; Francisco Bueno Artús, "La XI reunión plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica", em *Documentación Jurídica*, 14, abril-junho de 1977; a última reunião de que temos notícia parece ter-se realizado em Buenos Aires, em 1979.

<sup>56</sup> Cf. nossa opinião em discurso de incorporação à Academia Mexicana de Ciências Penais, publicado em *Política Criminal Latinoamericana, Perspectivas/Disyuntivas*, Buenos Aires, 1982.

enorme risco de radicalização ou, mais precisamente, a certeza de que em algum momento a prudência será abandonada, especialmente se, como atualmente, corre pelo mundo uma perigosa onda de publicidade patibulária *völkisch* ou generalizam-se campanhas publicitárias de *lei e ordem* (*Law and Order, Gesetz und Ordnung*).

Aquele que pretende saber quem é o *inimigo* com um simples olhar para o mundo minimiza ou nem sequer apercebe-se do risco da arbitrariedade política: o *inimigo* é quem é *inimigo*. Dessa perspectiva, pode-se afirmar que qualquer pretensão do poder político de impor a etiqueta a quem *não é inimigo* seria imediatamente desqualificada ao verificar-se empiricamente que o rótulo é falso.

A segurança que a suposta existência de *inimigos ónticos* proporciona leva inevitavelmente a deixar de lado qualquer prudência. Por que toda a sociedade deve suportar essas *não pessoas*? Por que toda a vida social deve ser alterada em razão de um grupo muito minoritário de *inimigos* irrecuperáveis? Por que desistir recursos para contê-los quando faltam para outros objetivos sociais que beneficiam pessoas inocentes? Por que não neutralizá-los por meios menos custosos e mais seguros?

A periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou *inimigo* onticamente reconhecível, provenientes da melhor tradição positivista e mais precisamente garofaliana, cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, *termina na supressão física dos inimigos. O desenvolvimento coerente do perigosismo, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração.*

Este destino inevitável da periculosidade positivista foi teorizado legitimando o abandono radical de toda prudência no tratamento diferencial dado ao *inimigo* ou *estranho* pelo direito penal dos tempos do nacional-socialismo. Bom exemplo de elaboração extrema do tratamento penal diferenciado ao *estranho* ou *inimigo* é a legitimação racionalizadora de Edmund Mezger,<sup>57</sup> que participou, juntamente com Franz Exner, da elaboração de um projeto sobre

<sup>57</sup> Foi o penalista neokantiano mais difundido em língua espanhola, para a qual não foram traduzidos os neokantianos liberais, como Max Ernst Maer e Hellmuth von Weber. O próprio Gustav Radbruch, da mesma forma que M.E. Mayer, foi traduzido pelos filósofos do direito, mas não pelos penalistas.

*estranhos à comunidade* (*Gemeinschaftsfremde*), destinado a eliminar nos campos de concentração, onde foram aniquiladas as mesmas pessoas que, para os positivistas, configuravam a *má vida* e corriam em periculosidade sem delito.<sup>58</sup>

O único componente que o direito penal do nacional-socialismo acrescentou foi o antisemitismo. Porém, tampouco este era resultado de uma individualização que admitisse sua natureza de puro arbítrio político, porque por trás de toda individualização de um inimigo há um mito que lhe pretende conferir um caráter *óntico*. Em relação a esse complemento nazista aos mitos tradicionais,<sup>59</sup> agregava-se o fato de os judeus e os comunistas – categorias que, em parte, se superpunham – terem traído a Alemanha e terem levado o país à derrota na Primeira Guerra Mundial.<sup>60</sup> Este mito se nutria, por sua vez, de todos os mitos antisemitas conhecidos,<sup>61</sup> que com ele se fundiam. Deste modo, o *judeu-comunista-capitalista* se converteu no responsável por todos os males, à esquerda e à direita, ocupando quase completamente o lugar que cabia a Satanás.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> A minuciosa investigação de Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valência, 2003, joga nova luz sobre este anteprojeto; este projeto e a proposta concreta de Mezger também são tratados por Michael Burleigh e Wolfgang Wippermann, *Lo Stato razziale*, p. 158.

<sup>59</sup> Sobre esse assunto, ver Norman Cohn, *El mito de la conspiración judía mundial. Los Protocolos de los Sabios de Sión*, Madri, 1983.

<sup>60</sup> Ver, sobre este tema, Muñoz Conde, *De nuevo*, cit., p. 64.

<sup>61</sup> A bibliografia sobre o anti-semitismo é imensa. Para uma orientação inicial, ver Bernard Lazare, *El antisemitismo. Su historia y sus causas*, Buenos Aires, 1974; León Poliakov, *Historia del antisemitismo*, Buenos Aires, 1988; e *Breviario del odio (Los judíos e el Tercer Reich)*, Buenos Aires, 1954; Bettelheim-Prohinig-Streibel (Hg.), *Antisemitismus in Osteuropa. Aspekte einer historischen Kontinuität*, Viena, 1992.

<sup>62</sup> Não foi em vão que, em discurso pronunciado no congresso anti-judeu de Berlim de 1936, por ele organizado, Carl Schmitt, ao fundamentar a proibição de toda citação bibliográfica de autor judeu sem indicação de origem em qualquer âmbito científico ou acadêmico, afirmou que essa supressão tinha o caráter de um *exorcismo* (cf. Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, 2004, p. 110).

A enorme segurança *ôntica* de encontrar-se diante de uma categoria de inimigos que sempre criaria obstáculos à construção de uma sociedade melhor (a *má vida*) e de outros que haviam sido a causa de sua destruição (os judeus), somada à necessidade da guerra, só poderia conduzir à conclusão de que se tratava de *vidas sem valor de vidas* (*lebensunwerten Leben*)<sup>63</sup> e, conseqüentemente, à necessidade de sua eliminação, como também à da imposição da pesada carga a todas as vidas restantes que nunca alcançariam a plenitude e que eram mostra de *decadência* e *degeneração* da raça. Diante dessa *certeza ôntica* e da *necessidade* de eliminação para construir a *nova nação*, só o que restava dessas pessoas era a sua *nuda vida*,<sup>64</sup> uma vida privada de todo direito, inclusive do direito a conservá-la. Não era outra coisa o que acontecia no campo de concentração ou nos centros de detenção clandestina das ditaduras de segurança nacional; a situação não é muito melhor nos cárceres, onde a possibilidade de morrer violentamente, assassinado, executado ou queimado vivo multiplica-se por vinte.

Em sua teorização legitimadora, Mezger usou indistintamente os conceitos de *inimizade ao direito* (*Rechtsfeindlichkeit*) e de *cegueira ao direito* (*Rechtsblindheit*), referindo-se “a uma atitude que não está de acordo com a *sã intuição* do povo em relação ao que é justo e ao que é injusto, de modo que, em condições normais, ela não deva motivar desculpas, mas, pelo contrário, configurar o fundamento da punição”.<sup>65</sup> Exemplos aterrorizantes desta inimizade seriam os *ultrajes à raça* (relações sexuais entre alemães e judeus, punidas com a morte), o aborto e a sodomia.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Trata-se de expressão de Karl Binding em seu infeliz trabalho póstumo, K. Binding e A. Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

<sup>64</sup> Cf. Giorgio Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Turim, 1995.

<sup>65</sup> Mezger, E., “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, em *Probleme der Strafrechtserneuerung, Fest. f. Kohlrusch*, Berlin, 1944, pp. 180-198 (pp. 197-198). A *sã intuição do povo* era a fórmula nazista com a qual se introduziu a analogia, de cuja reforma Mezger também participou (cf. Muñoz Conde, op. cit., p. 85).

<sup>66</sup> Cf. Muñoz Conde, *Edmund Mezger*, cit., p. 145.

Para Mezger, o *estranho à comunidade* era aquele que, “por sua personalidade ou por sua forma de conduzir a vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter, era incapaz de cumprir, com suas próprias forças, as exigências mínimas da comunidade do povo”.<sup>67</sup> Deduz-se, a partir desta definição, que os *estranhos* eram os *indesejáveis da má vida* positivista.

Caso reste alguma dúvida acerca de que o saber penal nacional-socialista foi o coroamento da individualização *ôntica* ou garofaliana do *inimigo* e, portanto, do desenvolvimento coerente da periculosidade até suas últimas conseqüências, cabe assinalar que não deixou de haver um positivista que recordasse isso ao próprio Mezger e que, por esse motivo, lhe atribuisse falta de coerência (e de nazismo). Esta significativa discussão teve lugar com o catedrático de Milão Filippo Grisigni, nos anos de 1940 e 1941.<sup>68</sup> Grisigni se baseou nos discursos dos mais proeminentes nazistas, como o ministro da Justiça Görtner e o presidente da Academia de Direito Alemão Hans Frank, para imputar a Mezger incoerência em seu conceito de pena.

Como bom positivista, Grisigni minimizava a diferença entre pena e medida de segurança e rechaçava qualquer caráter retributivo da pena, afirmando que ela sempre cumpre uma função de defesa mediante o controle da periculosidade, o que era claramente enunciado nos textos dos líderes do direito do *Dritte Reich*.

A lógica do argumento de Grisigni é irrefutável: o nazismo pretende a incapacitação ou eliminação de todos os inimigos do povo alemão, e por isso abandona todo vestígio da chamada *escola clássica*. Tratava-se da consagração mesma da escola positivista. “Quicquid” — escrevia — “a legislação nazista seja o golpe mais forte contra as velhas ideias”,<sup>69</sup> referindo-se, certamente, às ideias dos chamados *clássicos*, ou seja, todos os penalistas anteriores ao positivismo e tributários de conceitos antropológicos diferentes do spenceriano.

<sup>67</sup> Muñoz Conde, idem, p. 193.

<sup>68</sup> Filippo Grisigni e Edmondo Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1942, XX.

<sup>69</sup> Idem, p. 66, nota 9.

Embora a leitura do texto de Grispigni seja difícil, visto que obriga a superar a repugnância inevitável diante da apoteose dos maiores desprezos pela vida e por todos os valores éticos já saída da pena de um penalista, o certo é que ele tinha razão quando afirmava que o direito penal nazista era essencialmente defensivo e perigosista. Mezger — a quem este debate podia acarretar dificuldades internas — defendeu-se o melhor que pôde, trazendo em seu apoio Nicolai Hartmann, que, digase de passagem, nada tinha a ver com essas atrocidades.

“O pensamento do código alemão” — escrevia o catedrático de Milão — “é estritamente científico, baseado no reconhecimento da influência que as glândulas de secreção interna, as hormonais, exercem sobre a personalidade psíquica de um sujeito”.<sup>70</sup> Mais adiante, acrescenta: “As doutrinas raciais, a castração etc., são a afirmação mais revolucionária da história do direito penal. Efeitivamente: essa intervenção cirúrgica se assume como meio de prevenção da criminalidade”, conclui, com entusiasmo.<sup>71</sup> O pretenso *fundamento científico* de Grispigni serviu para mutilar milhares de pessoas<sup>72</sup> e para assassinar muitas mais, inclusive mais de sessenta mil doentes.<sup>73</sup> Tudo isso — como a reforma da legislação penal de menores, a qual, ele anotava, não fica claro se com indiferença ou admiração, havia possibilitado várias penas de morte<sup>74</sup> — era considerado pelo professor de Milão como progressista e avançado, avaliando como retrógrada a oposição do Vaticano à castração e à defesa da teoria retributiva da vertente católica.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Idem, p. 17.

<sup>71</sup> Idem, p. 66, nota 9.

<sup>72</sup> Sobre a castração e o genocídio de homossexuais, *Schwule und Fascismus*, editado por Heinz-Dieter Schilling, com trabalhos de Rainer Bohn, Ralf Doce, Eckhard Seido, Berlim, 1983; Daniel Borrillo, *L'homophobie*, Paris, 2000, pp. 76-82; George L. Mosse, *Sessualità e nazionalismo. Mentalità borghese e rispettabilità*, 1996, pp. 175 e ss.

<sup>73</sup> Alice Ricciardi von Platen, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Florença, 2000.

<sup>74</sup> Grispigni, idem, p. 83.

<sup>75</sup> Idem, p. 98, nota 24. A tese retributiva foi sustentada por Bettiol em 1941: “Aspetti etico-politici della pena retributiva”, encontrado em *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966, I, p. 504.

O princípio *defensivista*, levado a seu limite de coerência mais desumano e criminoso, era celebrado com o maior e mais vergonhoso entusiasmo pelo professor de Milão como o triunfo ou o coroamento do positivismo:

Tomou-se palavra corrente a máxima enunciada pelo Dr. Hans Frank, presidente da Academia Alemã de Direito: “Alles was dem Volk nützt, ist Recht; alles was ihm schadet, ist Unrecht” (“Tudo o que serve ao povo é direito, tudo o que o prejudica é ilícito”). Substituindo o povo pelo Estado (que não é outra coisa senão o povo juridicamente organizado) tem-se a mesma máxima de Benito Mussolini: “Nada contra o Estado; nada fora do Estado; tudo pelo Estado”.<sup>76</sup>

Se faltava algo para corroborar que o direito penal nazista é o coroamento coerente do positivismo e de sua pretensa identificação ôntica do inimigo, este algo era o dado histórico de que um de seus mais distintos exponentes, aliás considerado por muitos um moderado, o elogie com semelhante discurso.

### 5. O sistema penal cautelar latino-americano

Vimos que na América Latina as medidas de contenção para os *inimigos* ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo,<sup>77</sup> por via da chamada *prisão* ou *detenção preventiva, provisória*, ou seja, o confinamento cauteloso, a que estão submetidos 3/4 dos presos da região. *De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros*. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha este processo, todos passam a ser tratados como *inimigos*, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.

Embora seja verdadeira a íntima relação do direito processual penal com o direito penal, pois todos sabemos que *o direito penal não toca sequer em um fio de cabelo do delinquente*,<sup>78</sup> que o *sismógrafo* do

<sup>76</sup> Idem, p. 67, nota 10.

<sup>77</sup> Cf. supra, II, 7.

<sup>78</sup> Ernst von Beling, *Derecho Procesal Penal*, Madri, 1941, p. 2.



*direito penal liberal é o direito processual*<sup>79</sup> e que o debate não pode deixar de ingressar na doutrina do direito processual penal, na qual também se batem *belicistas* contra *pacifistas*,<sup>80</sup> em nossa região as elaborações no âmbito do direito processual são as que legitimam os confinamentos cautelares e esgotam a maior parte do exercício do poder punitivo repressivo.

Essas racionalizações, na realidade, não são *processuais* mas sim *penais*, porque é impossível ignorar doutrinariamente que elas *regulam todo um sistema penal que opera antes da condenação*, que faz parte do sistema penal oficial, pois não é paralelo nem subterâneo. O sistema penal oficial se divide em dois segmentos: um *cautelar* ou *pré-condenatório*, e outro *definitivo* ou *de condenação*, sendo o primeiro muito mais importante que o segundo, posto que a reação penal praticamente se esgota na delinquência leve e média, que é, com folga, a mais numerosa.

As limitações que o processado sofre — inclusive sem confinamento cautelar — lhe infligem uma dor juridicamente legitimada, que pode ser considerada *medida de segurança* ou *pena*, conforme o teórico que a avalie aceite ou não o sistema binário, o qual não tem maior importância nesse caso.

De toda forma, é configurado um *sistema penal cautelar* diferente do *sistema penal de condenação*, no qual operam como pautas a *seriedade da suspeita* de cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo.

Essa periculosidade, própria do sistema penal cautelar, não se enquadra na velha classificação positivista, posto que não é *pré-delitual* (porque suscita-se da comissão de um delito) nem *pós-delitual* (porque a periculosidade não pode ser avaliada até que o delito tenha sido comprovado), configurando-se antes como uma terceira categoria alheia às duas tradicionais do positivismo, que é a *periculosidade da suspeita*.

<sup>79</sup> Lorenz Schulz, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende" — Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum "Feindstrafrecht", em ZStW, 112, 2000, pp. 653 e ss. (p. 660).

<sup>80</sup> Cf. Hendrik Schneider, em ZStW, 113, 2001, p. 3.

As considerações próprias do campo do direito processual penal pouco ou nada têm a ver com a regulação deste sistema penal cautelar. As normas processuais se distinguem das penas pela natureza de suas sanções: *a sanção penal é a pena e a processual é a nulidade*. O critério a ser seguido para se impor ou não um confinamento a uma pessoa é completamente alheio às normas processuais. Tanto assim que a própria jurisprudência dominante na Argentina sustenta que o ato que o dispõe, para efeitos de recurso, é assimilado à sentença condenatória.<sup>81</sup>

Embora consistam em disposições tradicionalmente incluídas nos códigos processuais, a verdade é que o *sistema penal cautelar* deve ser regulado por normas de fundo e de forma, mas as primeiras, referidas aos critérios de imposição de confinamento cautelar e de outras medidas dessa natureza, são claramente penais; em nada se referem aos passos a serem seguidos para a reconstrução da verdade que leva à sentença.<sup>82</sup>

Os índices de encarceramento na América Latina não variam muito em função das reformas penais, mas sim da regulamentação do confinamento cautelar, tradicionalmente legislado no código processual. Noutras palavras, esses índices dependem do sistema penal cautelar e não do de condenação.

A natureza penal do *sistema cautelar* mostra-se explicitamente na doutrina, na qual são debatidos argumentos que correspondem claramente às consequências jurídicas do delito, e que nada têm a ver com as normas processuais propriamente ditas. O paradoxo é que o direito penal autoritário é o que reconhece esse caráter de forma expressa e o legítima como *pena* ou como *medida*, a gosto de cada autor, sendo poucos os autores antiliberais que argumentam tratar-se de uma questão puramente processual.

Entre as primeiras, ou seja, entre as chamadas *teorias substantivistas* do confinamento cautelar, Garofalo, com sua costumeira e torpe sinceridade

<sup>81</sup> Isso, sem dúvida, deverá ser matéria de discussão nos países em que, como na Argentina, a competência legislativa em matéria penal cabe ao Estado federal e a processual às províncias.

<sup>82</sup> São estes os passos propriamente processuais, como os sintetizou para a informação ao público Francesco Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Valparaiso, 1979.

dade, afirmava que o desencarceramento só devia ocorrer quando o juiz instrutor acreditasse na inocência do processado. "Tal como existe hoje" – escrevia ele –, "esta instituição representa os maiores perigos: parece feita *ex professo* para favorecer o mundo do crime e testemunha a ingenuidade dos legisladores, os quais, ao que parece, não se apercebem das novas armas que a civilização empresta aos malfeitores".<sup>83</sup> Não vale a pena deter-se na averiguação de quais eram as *novas armas* que preocupavam Garofalo no século XIX, porque a expressão se repete até o presente em todo o discurso *völkisch* e no das burocracias internacionais.

Como se pode supor, a mesma ideia foi acolhida pelo nazismo, que reformou toda a regulamentação do sistema penal cautelar, justificando-a assim:

Enquanto no direito vigente a prisão preventiva só serve para evitar o perigo de fuga do culpado ou do apagamento das provas, no futuro [como prisão preventiva profilática] também terá como objetivo a proteção da comunidade diante dos fatos que o culpado poderia cometer em liberdade ou diante do risco de quebra da ordem pacífica do povo de qualquer forma.<sup>84</sup>

Sem dúvida, esta concepção correspondia à função de prevenção geral positiva, tampouco alheia ao positivismo, e que também era atribuída à pena:

Todo crime grave desperta na sociedade o reclamo de expiação, porém, na realidade, esta demanda tem sua raiz na pulsão de segurança e, neste sentido, exige o restabelecimento da consciência [sacudida pelo fato] de viver numa ordem jurídica que garante a paz e a segurança.<sup>85</sup>

Algo parecido foi defendido na Itália fascista, recolhido pelo código de Rocco.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> Rafael Garofalo, *La criminologia. Estudio sobre el delito y sobre la teoría da represión*, trad. de Pedro Dorado, Madri, s.d., pp. 453-454.

<sup>84</sup> August Schoetensack, Rudolf Christians e Hans Eichler, *Grundzüge eines Deutschen Strafvollstreckungsrechts*, Berlim, 1934, p. 122.

<sup>85</sup> Karl Klee, "Das Problem der Sicherungsstrafe", em *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 27, 1934-1935, p. 487.

<sup>86</sup> A esse respeito, ver Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, p. 564.

Frente às teses substantivistas, dominantes no direito penal legitimante autoritário, aparecem as teses *processualistas*, que defendem a natureza *não penal* do confinamento cautelar, fundamentando-o de maneira às vezes bastante engenhosa, mas não conseguindo ocultar sua essência punitiva. Em muitas ocasiões, as teses *processualistas* não se distinguem muito das *substantivistas* autoritárias, pois *optam* diretamente *por negar valor ao princípio da inocência*. Manzini dizia: "se se presume a inocência do imputado, o bom senso pergunta: por que então instaurar um processo contra ele?".<sup>87</sup> Estas palavras do processualista italiano, escritas em pleno auge do fascismo, podem ser respondidas com as de Concepción Arenal, escritas mais de meio século antes:

Impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado na prisão, e isso sem que fosse provado que ele é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é algo que está muito distante da justiça.<sup>88</sup>

Ainda que existam outras posições processualistas que tendem a negar o caráter punitivo para reduzir seu âmbito de aplicação, elas não podem impedir o inevitável dano ao princípio de inocência violado por todo o sistema penal cautelar. Ademais, até agora elas parecem não ter tido êxito no são propósito de reduzir sua amplitude. Também não é levado em conta, por outro lado, que ao desconhecer a natureza penal do confinamento cautelar e ao procurar racionalizar a patente violação ao princípio de inocência que inevitavelmente acarreta, elas, na realidade, o legitimam.

O drama do confinamento cautelar se localiza no fato de que sua legitimação implica um problema sem solução, uma *quadratura do círculo*, da qual só é possível sair assumindo com sinceridade o reconhecimento de sua natureza punitiva e sua consequente ilegitimidade,<sup>89</sup> por mais que a possibilidade de um processo penal sem confinamento preventivo pareça distante. De qualquer maneira, frente ao tratamento penal como *inimigos*, generalizado na realidade do sistema penal cautelar

<sup>87</sup> Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1951, I, p. 254.

<sup>88</sup> Concepción Arenal, *Estudios Penitenciarios*, Madri, 1877, p. 12.

<sup>89</sup> Cf. Ferrajoli, op. cit., p. 570.

latino-americano, antes de chegar à abolição da prisão preventiva, urge pressionar fortemente por um reducionismo radical.

Em síntese, na América Latina há um desdobramento do sistema penal oficial em sistema penal cautelar e sistema penal de condenação, sendo o primeiro mais importante do que o segundo, dado que abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade. O direito penal autoritário reconhece a natureza penal e procura ampliá-la, ou melhor, sem reconhecer-lhe esse caráter, nega toda vigência ao princípio de inocência, ao passo que a doutrina liberal lhe nega caráter penal, com o objetivo de reduzir seu âmbito, sem perceber que, ao mesmo tempo, o está legitimando, sem que isso redunda em resultados práticos redutores.

Isso significa que o sistema penal na América Latina se caracteriza por valer-se de um segmento que configura seu sistema penal cautelar, que proporciona ao conjunto das pessoas às quais submete a processo (ou seja, em relação às quais põe em marcha o processo de criminalização secundária) limitações e confinamento cautelares, constituindo, este último, um puro confinamento de contenção.

A ignorância ou indiferença diante desse fenômeno determina um movimento muito preocupante, pois, ao não levar em conta o desdobramento assinalado do sistema penal, corre-se o risco de encobrir um aumento considerável do poder punitivo, por intermédio de uma legislação penal formalmente acusatória. Assim, o princípio acusatório, em mãos de um Ministério Público sem autonomia e cooptado por polícias que dependem do Poder Executivo e que apresentam graves sinais de deterioração institucional, não faz mais do que acentuar a sensação de se estar à mercê da ameaça do sistema penal cautelar. Se a isso se somam tribunais de sentença sobrecarregados e se viabiliza a negociação, os extenuados juizes dos tribunais de sentença acabam tratando com especial antipatia os processados que não optaram por essa via.

A deformação que o sistema penal cautelar implica como forma dominante do exercício do poder punitivo leva as agências executivas a defenderem, com ênfase especial, seus âmbitos de arbitrariedade para deter, requisitar, fazer sindicância, interrogar etc., pouco lhes importando a busca efetiva de evidências com vistas ao julgamento e à condenação formais.

## IV.

### O inimigo, estranho ou *hostis* na teoria política

#### 1. O que se discute são os direitos individuais dos cidadãos

Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso. Por seu turno, um rápido exame da doutrina jurídico-penal, isto é, do discurso do saber jurídico e também da pretensa ciência empírica que o alimentou, demonstra que esta se ocupou em legitimar amplamente a já assinalada discriminação operativa. No geral, essa maneira de agir pretendia basear-se em uma individualização supostamente *ôntica* de certas pessoas como *inimigos*, sob a forma de uma *imposição do fato ao direito*, em função da necessidade criada pela emergência de plantão invocada.

Em boa medida, o direito penal tradicional limitou-se a discutir se o tratamento penal diferenciado dos *inimigos* ou *estranhos*, destinado à neutralização do perigo que representam, é matéria do próprio direito penal ou do direito administrativo (policial), e a decidir a entidade da neutralização, que com frequência chegou até à eliminação do agente. As posições mais ou menos prudentes e consideradas *liberais* foram tributárias ou derivadas sempre das *medidas de segurança* de Stooss; as mais abertamente autoritárias e totalitárias legitimaram a eliminação genocida.

Sem dúvida, enquanto se passa uma vista d'olhos do campo da teoria política, não é possível considerar que qualquer das posições legitimadoras do tratamento penal diferenciado do *inimigo*, inclusive as mais moderadas, sejam *politicamente liberais*, pese as suas notórias diferenças quanto às consequências práticas. No sentido estritamente político, todas as posições que legitimam a existência de um *hostis* no direito, tanto as *prudentes* quanto as *genocidas*, são antiliberais, e o direito penal chamado

liberal não parece ter feito outra coisa senão decidir-se pelas menos aberrantes de todas elas.

Na atualidade, esgrimem-se também outras explicações teóricas das políticas repressivas das últimas décadas, como o direito penal simbólico, a expansão do direito penal, o direito penal em várias velocidades etc., e observa-se que o reconhecimento expresso do *inimigo* no direito penal introduz ou leva ao *direito penal de autor*.<sup>1</sup>

O certo é que só poderia existir um tratamento penal diferenciado *realmente limitado aos inimigos no marco de um extremo e estrito direito penal de autor*, ou seja, se o tratamento diferenciado se destina ou se reduz a um grupo de pessoas claramente identificáveis mediante características físicas, o que só acontece nas lutas colonialistas, em que todo colonizado passa a ser um inimigo potencial, e os colonizadores estão acima de qualquer suspeita.<sup>2</sup> Por mais aberrante e desprezível que fosse uma proposta semelhante – que ninguém formula fora do citado contexto colonialista –, devido ao seu flagrante desconhecimento da igualdade perante a lei (do *direito a ser diferente*), seria impossível negar que se trataria do pressuposto de um *verdadeiro tratamento penal diferenciado que só afetaria seus destinatários*. Porém, caso não fosse assim – e de fato não o é –, a discussão não diz respeito à possibilidade de se tratar alguns *estranhos* de maneira diferenciada, pois esta não passa de uma pergunta enganosa.

Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os *inimigos*) são seres humanos não claramente identificáveis *ab initio* (um grupo com características físicas, étnicas ou culturais bem

<sup>1</sup> Manuel Cancio Meliá, em Jakobs e Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 65 e ss.; Eduardo Demetrio Crespo, *El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein*, cit.; Hans Joachim Hirsch, "Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip", em *Fest. F. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 253 e ss.

<sup>2</sup> Até certo ponto, pois pode recair sobre eles a suspeita de *colaboracionistas e quintas colunas*, como no caso dos franceses que se opunham à guerra da Argélia (cf. Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Buenos Aires, 2005).

diferentes), e sim pessoas misturadas ao e confundidas com o resto da população e que só uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca da possibilidade de que *o Estado de direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos*.

Isso é assim porque, por exemplo, ao se permitir a investigação das comunicações privadas para individualizar os *inimigos*, a intimidade de todos os habitantes será afetada, pois esta investigação incluirá as comunicações de milhares de pessoas que não são *inimigos*. Ao se limitarem as garantias processuais, mediante a falta de comunicações, restrições ao direito de defesa, prisões preventivas prolongadas, presunções, admissão de provas extraordinárias, testemunhas sem rosto, magistrados e acusadores anônimos, denúncias anônimas, imputações de coprocessados, de *arrendidos*, de espíões etc., todos os cidadãos serão colocados sob o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos *inimigos*. Do mesmo modo, ao tipificar atos preparatórios equívocos, todos os cidadãos serão cominados com penas por condutas que, na maioria dos casos, são inofensivas (comprar um precursor de explosivo para pintar a casa ou adubar o jardim, levar dinheiro para comprar legalmente uma propriedade, levar tesoura de unhas no avião, fazer piadas sobre alguma medida de segurança, omitir a declaração de uma transferência bancária de dinheiro próprio e legalmente obtido etc.).<sup>3</sup> A pretensão de inovadora e pós-moderna antecipação da tipificação segue o caminho quase duas vezes milenar da *lex Julia* contra crimes de lesa-majestade, cuja ampli-

<sup>3</sup> Qualquer tratamento discriminatório a um grupo requer sua rápida identificação. Os afro-americanos eram discriminados nos Estados Unidos, sendo-lhes reservado lugares especiais nos transportes. Isso não teria sido possível se eles não tivessem aquelas características étnicas, e sim outras, ou seja, se para identificá-los, por exemplo, fosse necessário constatar uma mancha na epiderme do glúteo e, para isso, fosse preciso que o guarda inspecionasse o glúteo de cada passageiro. É óbvio que a discriminação no transporte não teria sido levada a cabo, porque o resto da população não teria tolerado o vexame, mesmo que tivessem aprovado a medida com relação aos discriminados.

ação chegou a apenar a posse e a fabricação de tela púrpura, por implicar o risco de preparação de um magnicídio.<sup>4</sup>

Portanto, admitir um tratamento penal diferenciado para *inimigos* não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.

Imaginar que é possível incrementar o poder punitivo só com relação a *inimigos* não identificáveis *ab initio* é uma ingenuidade, para não dizer uma grave falta de senso. O que se discutirá, nesse caso, será se é possível reduzir as garantias de toda a população frente ao aparato repressivo e impor-lhe os controles, limitações e eventuais penalidades indevidas como consequência, em homenagem a uma pretensa e mais do que duvidosa eficácia da empresa *humanitária* do poder punitivo que declara perseguir apenas a neutralização do risco da emergência do momento.

Por outro lado, esta formal e até solene *declaração ou promessa* – em algumas ocasiões, *juramento* – de *perseguição limitada a terroristas* (bruxas, hereges, comunistas, narcotraficantes etc.) não pode ser levada em conta, porque o poder de individualização concedido à agência que o exerce – como qualquer burocracia – será exercido de acordo com os seus objetivos setoriais, que não estarão limitados aos estereótipos imaginados pelo legislador na hora de construir os tipos ou de retirar garantias dos cidadãos.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Cf. Teodoro Mommsen, *El derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Madrid, s.d., II, p. 63; também Mariano Ruiz Funes, *Evolución del delito político*, México, 1944, p. 18.

<sup>5</sup> O deslocamento no uso arbitrário do poder seletivo fica muito claro no caso das leis de emergência colombianas (a chamada *justiça sem rosto*), que esteve muito longe de ocupar-se dos sequestradores, terroristas e narcotraficantes (cf. Alejandro David Aponte C., op. cit.). Sobre o risco do emprego da legislação antiterrorista contra o protesto social, ver Carlos Julio Lascano (h) em *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, 2004, pp. 179 e ss.

Quando se autorizam invasões de domicílio, revistas de pessoas, veículos automotores e residências, investigações e registros de comunicações de toda índole, detenções de suspeitos etc., mas apenas de *suspeitos de terrorismo*, sabe-se que será impossível avaliar que as agências policiais utilizem estas faculdades cada vez que o julgarem conveniente, bastando-lhes alegar que o fazem por *suapeita de terrorismo* e que, por acaso, acharam cigarros de maconha, dinheiro não declarado ou uma carteira roubada. Tudo isso contando com agências executivas e políticas não deterioradas, pois do contrário sabe-se perfeitamente que esses elementos declararão ter encontrado as coisas *por acaso*, sempre que não tiverem chegado a um acordo extorsivo com o infrator. Com essas medidas, abre-se um amplo campo para a corrupção, a tortura, as vinganças pessoais, os assédios sexuais, a chantagem e a perseguição política de dissidentes, antipáticos ou indisciplinados.

Não só é ilusória a afirmação de que o direito penal do *inimigo* afetará unicamente as garantias destes, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os *inimigos*. Quando são postas de lado as considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, imediatamente invoca-se o *eficientismo penal*, próprio do Estado autoritário e de sua *razão de Estado*,<sup>6</sup> recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre *eficácia e garantias*,<sup>7</sup> mediante a qual a única coisa que se quer dizer é que, dessa forma, serão obtidas mais sentenças condenatórias<sup>8</sup> ou – o que dá no mesmo na América Latina – mais prisões cautelares. Ao mesmo tempo é inegável que, ao aumentar a discricionariedade investigadora das agências policiais, ampliam-se as oportunidades para a tortura. Uma crua e correta tradução do *eficientismo penal* em termos reais permite defini-lo – livre de suas máscaras – como uma *tácita reclamação de legalização da tortura*.

<sup>6</sup> O princípio regulador da razão de Estado é o uso dos meios eficazes, enquanto o do estado de direito é o dos meios juridicamente pré-estabelecidos (Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 851).

<sup>7</sup> Sobre esse assunto, ver José Daniel Cesano, op. cit., p. 69; Eduardo Demetrio Crespo, op. cit.; Alejandro Aponte, *Krieg und Feindschaft*, cit.

<sup>8</sup> Cf. Alejandro David Aponte C., op. cit.

Todavia, a falsa disjuntiva entre segurança e garantias<sup>9</sup> é desmentida por toda a história e por toda a informação empírica, pois se trata de uma simples dedução no mundo do *dever ser*, que não se verifica no mundo do *ser*. *Parte-se do dogma de que o poder punitivo provê segurança frente às agressões a bens jurídicos, quando o único ponto verificável é (a) que os penalistas e os políticos afirmam que se deve proporcionar segurança<sup>10</sup> e (b) que o poder punitivo foi o principal e maior agente da lesão e do aniquilamento de bens jurídicos de forma brutal e genocida ao longo de toda a história dos últimos oito séculos.*

Como conclusão, colocada corretamente a questão, está fora de dúvida que a pergunta acerca dos direitos e garantias dos cidadãos, em todas as épocas, foi considerada uma questão política. Até onde vai o poder do Estado frente ao cidadão é um problema que só pode ter natureza política e ninguém pretendeu que tivesse um caráter distinto.

A questão acerca da possibilidade de limitação dos direitos e garantias dos cidadãos em razão da existência de um inimigo, *extranho* ou *hostis*, isto é, a decisão sobre se, com base na admissão destas categorias no direito, *os direitos e garantias de todos os habitantes podem ser limitados*, pressupõe outra pergunta, que não é independente e que constitui o cerne da questão. A pergunta consiste em determinar *se é política e juridicamente admissível, no marco do Estado consuetudinário de direito, uma versão atualizada do conceito de hostis do direito romano.*

Estas perguntas não são independentes, pois descartando o contexto colonialista ou a grosseria de que o *hostis* se refere a

<sup>9</sup> Sergio Moccia demonstra amplamente essa falsidade em *La perenne emergenza*, cit.

<sup>10</sup> Neste sentido é válida a afirmação de que a pretensão de salvar o direito penal do cidadão mediante o direito penal do inimigo carece de fundamento empírico (cf. Pritwitz, op. cit., p. 119). Em boa medida, o fundamento empírico é substituído pelo dogma da eficácia tutelar de bens jurídicos por parte do poder punitivo, o que leva a pretender dotar estes bens de uma segurança que não respeita sequer o princípio elementar do *cogitationis poenam nemo patitur*.

um grupo etnicamente diferenciado, sua admissão importa uma limitação à liberdade cidadã. Isso significa dizer que o tratamento penal diferenciado do *hostis* implica uma *lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de direito.*

## 2. Admitir o conceito de *hostis* não é uma posição política teoricamente prudente

Nos últimos anos, dois pensadores de imponente estatura filosófica e política, nada menos que Hobbes e Kant, passaram a ser citados como garantes da viabilidade do conceito jurídico de *inimigo* ou *hostis* no Estado de direito. Para isso, coloca-se uma disjuntiva polarizante nada comum, mostrando como posições radicais as de Rousseau e Fichte, para quem todos os delinquentes seriam inimigos, e como posições moderadas as de Hobbes e Kant, para quem só alguns o seriam.<sup>11</sup>

Esta polarização entre Rousseau e Fichte por um lado, e Hobbes e Kant por outro, é totalmente original. Com efeito, não é nada corrente no campo da filosofia que os mencionados pensadores sejam contrapostos desta forma.<sup>12</sup> O que ocorre usualmente é opor Hobbes a Locke e, nesta questão, Kant é contraposto a Feuerbach. Por outro lado, as posições de Rousseau e de Fichte não são tão radicais, pois de seus textos não surge nenhuma evidência de que eles tenham pretendido considerar inimigos todos os delinquentes, ao menos sem matizes tão importantes que neutralizem, em grande medida, a primeira afirmação.

<sup>11</sup> Jakobs, em Jakobs e Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madri, 2003.

<sup>12</sup> Cf., por exemplo, Wilhelm Windelband, *História de la filosofía. La filosofía del iluminismo*, México, 1948, pp. 60 e ss.; Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, México, 1962, pp. 179 e ss.; Frederick Copleston, *História de la filosofía*, Barcelona, 1983, vol. V, pp. 122 e ss.; M. Federico Sciacca, *História de la filosofía*, Barcelona, 1966, pp. 335 e ss.; Émile Bréhier, *História de la filosofía*, Buenos Aires, 1956, T.II, pp. 617 e ss.; N. Abbagnano, *História de la filosofía*, Barcelona, 1973, II, pp. 185 e ss.

A princípio, Rousseau é contraditório. Ele parece referir-se somente aos assassinos e não a qualquer delinquente<sup>13</sup> e, ademais, só admite que se tire a vida de quem represente necessariamente um perigo e, como se isso fosse pouco, afirma no mesmo livro que o Estado só pode ter como inimigo um outro Estado, nunca uma pessoa.

O texto que parece mais afirmativo a respeito do *inimigo* se encontra no capítulo V do Livro II:

Todo malfetor, ao atacar o direito social, torna-se, por suas más ações, rebelde e traidor da pátria, deixando de ser membro dela ao violar suas leis e até lhe fazer a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se executa o culpado é mais como inimigo do que como cidadão. O processo e a sentença são a prova e a declaração de que o contrato social foi rompido e, por conseguinte, de que ele já não é membro do Estado.<sup>14</sup>

Não obstante, acrescenta:

Não existe um homem mau que não se possa tornar bom para alguma coisa. Não existe direito para fazer morrer, nem sequer por exemplaridade, a não ser àquele a quem não se pode conservar sem perigo.<sup>15</sup>

Tampouco é possível ignorar que no capítulo IV do Livro I Rousseau afirma que “um Estado só pode ter como inimigo outro Estado, e não homens, pois não é possível fixar relações verdadeiras entre coisas de natureza diversa”, precisando inclusive que “sem declaração de guerra não há inimigos, e sim bandoleiros”.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Verifica-se também que Rousseau só tenta justificar a pena de morte para delitos muito graves. Cf. Carlos Pérez del Valle, *Sobre los orígenes del “Derecho Penal del enemigo”*. *Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau*, em ED, *Derecho Penal*, julho de 2003, pp. 5 e ss.

<sup>14</sup> Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, trad. de Consuelo Berges, Madrid, 1973, p. 37.

<sup>15</sup> Idem, p. 38.

<sup>16</sup> Idem, p. 13.

Fichte, que também havia sofrido a influência de Rousseau,<sup>17</sup> embora admita a condição de *inimigo*, de modo algum a generaliza a todos os delinquentes; exclui apenas alguns deles do direito penal e os deixa nas mãos do direito administrativo. Quando trata dos assassinos, incorrigíveis e traidores, reserva-lhes nada menos do que a pena de morte como medida eliminatória *administrativa*.

Fichte raciocinava por tese e antítese e, embora afirmasse em sua tese, baseado na cláusula *rebus sic stantibus*, que todo delinquente se torna um inimigo, ou seja, que o infrator perde todos os direitos ao violar o contrato, em sua antítese faz valer o surgimento de um novo contrato, o da *expiación*, que cria o direito de exigir a pena na medida suficiente para proteger a segurança pública (prevenção geral e dissuasão). Fichte só aceitava a exclusão quando a expiação fosse insuficiente, porém, em função de um novo contrato (o de *emenda*), o sujeito poderia reclamar o direito a melhorar, de modo que se trata sempre de uma exclusão temporária. Fichte admite a exclusão definitiva apenas no caso de o sujeito não se emendar ou em caso de assassinato.

Em síntese, Fichte só deixava fora do contrato os assassinos, os incorrigíveis e os traidores. Assim, é falso que ele considerasse *inimigos* todos os infratores. Fichte reservava a pena de morte somente para essas categorias de excluídos do contrato, porém sem nenhum fundamento talional – pois acreditava que o talião era uma teoria teocrática –, mas sim como uma medida de segurança administrativa que o Estado deve executar como mero administrador.<sup>18</sup>

Talvez aí possa ser encontrada a primeira referência à famosa frase stalinista, que pretendia que a pena de morte não era uma pena, mas sim a *suprema medida de defesa social*,<sup>19</sup> como também

<sup>17</sup> Cf. Rodolfo Mondolfo, *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, 1967, p. 112.

<sup>18</sup> Johann Gottlieb Fichte, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 315-337; *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*. Paris: PUF, 1998, pp. 269-293.

<sup>19</sup> Conforme os princípios de 1924; sobre a pena de morte neste período, ver Mariano Ruiz Funes, *Actualidad de la venganza*. Buenos Aires, 1944, pp. 158 e ss.

das correntes que admitem o conceito de *inimigo*, mas como parte do direito administrativo, como acontece com alguns defensores das teses binárias.<sup>20</sup>

Não obstante, inclusive no caso do assassinato, Fichte atenuava seu juízo, sempre operando por tese e antítese, e admitia que se, voluntariamente, existissem pessoas dispostas a assumir o risco de tentar corrigir o assassino, em condições que garantissem segurança para os demais cidadãos, elas poderiam encarregar-se destes infratores.<sup>21</sup>

Em síntese, a confrontação de Rousseau e Fichte com Hobbes e Kant não é apenas completamente original, como tampouco é correto que Rousseau e Fichte pretendessem excluir todos os infratores do contrato ou considerá-los todos como *hostis* ou *inimigos*. Na verdade, eles praticamente reduziam essa categoria aos assassinos e traidores e, ainda assim, com matizes consideráveis.

### 3. A confrontação entre Hobbes e Locke

A verdadeira confrontação no pensamento político, tal como correta e tradicionalmente se entendeu, ocorreu entre Hobbes e Locke.

<sup>20</sup> Ver supra, III, 3.

<sup>21</sup> Fichte, *Fundamento*, cit., p. 330: "O único crime contra o qual o esforço por melhorar o criminoso não tem lugar já, contra o qual, portanto, deve-se proceder sem maior dilatação à exclusão absoluta, é o assassinato intencional e premeditado (distinto daquele que resultaria casualmente de outra violência). O fundamento disso é o seguinte: há que se cuidar daquele que cometeu um homicídio porque pode matar de novo. O Estado, porém, não pode obrigar ninguém a pôr sua vida em perigo. Não poderia, portanto, obrigar ninguém a se encarregar da vigilância de um assassino que, certamente, para poder corrigir-se, teria que ter uma certa liberdade; e ainda menos poderia obrigar os demais reclusos, para corrigir-se, suportar entre eles um assassino". Continuando o raciocínio, ele acrescenta: "Eu disse: o Estado não tem nenhum direito de forçar ninguém a pôr sua vida em perigo. Porém, cada um tem o direito de pô-la em perigo voluntariamente. Se, então, forem encontradas sociedades e fundações caritativas que quiserem assumir todos os perigos e atreverem-se a corrigir o assassino, o Estado teria de dar essa permissão, com a única reserva de que as celas dos assassinos sejam preparadas de maneira que sua evasão seja inviável".

Partindo do princípio de que o ser humano desenvolve suas faculdades por seu afã de poder, Hobbes entende que a competição, a desconfinança e o desejo de guerra são as causas das disputas que, no estado de natureza, determinam um permanente estado de guerra,<sup>22</sup> no qual não existem direitos, pois cada um tem o que pode obter pela força, e tampouco há juízos morais. Para pôr fim a este estado, os humanos firmam o contrato social, mediante o qual entregam todo o poder ao soberano, que não faz parte do contrato, pois este se celebra entre os súditos.<sup>23</sup> Como esta soberania é o único meio que pode conter a guerra, não pode ser parcial: a soberania deve ser total. O súdito não pode conservar um direito, porque perante a soberania não há direitos. Os seres humanos não se reúnem em sociedade, segundo Hobbes, por mero espírito de amor ou solidariedade, mas sim por medo e para obter honras e benefícios.<sup>24</sup>

Hobbes não admite a resistência ao soberano, porque isso importaria em reintroduzir o *bellum omnium contra omnes* (a guerra de todos contra todos) e, precisamente por isso, quem resiste ao poder do soberano não é apenado, mas sim submetido à contenção forçada, porque não se trata de um *delinquente*, mas antes de um *inimigo* que, com sua resistência, reintroduz a guerra.

Para Hobbes, por mais grave que seja um delito, seu autor não é um *inimigo*; porém quem resiste ao soberano é *inimigo*, porque se torna *estranho* ou *estrangeiro* ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência.

Não podem ser consideradas penas os danos infligidos a quem é um inimigo declarado. Posto que esse inimigo nunca esteve sujeito à lei, não pode transgredi-la. Ou então esteve sujeito a ela e declara não o estar mais, negando em consequência a possibilidade

<sup>22</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, publicada com uma Introdução de C. B. Macpherson, Londres, 1985, Capítulo 13, pp. 183 e ss.: *Of the natural condition of Mankind, as concerning their Felicity, and Misery* (tradução espanhola, México, 1998, pp. 100 e ss.).

<sup>23</sup> Idem, cap. 18, p. 228 e ss.: *Of the Rights of Sovereignes by Institution* (trad. espanhola., cit., pp. 142 e ss.).

<sup>24</sup> Thomas Hobbes, *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madri, 2000, capítulo primeiro, pp. 53 e ss.



de de transgredi-la. Portanto, todos os danos que podem ser causados a ela devem ser entendidos como atos de hostilidade. Em uma situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer tipo de dano. Cabe concluir, pois, que se por atos ou palavras, consciente e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado, seja qual for a penalidade prevista para a traição, o representante pode legitimamente fazer-lhe sofrer o que considera correto. Ao negar a sujeição, negou as penas previstas pela lei. Deve, em consequência, sofrer como inimigo do Estado, ou seja, conforme a vontade do representante. As penas estão estabelecidas na lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, havendo-se tornado súditos por seus próprios atos, se rebelam e negam o poder do soberano por vontade própria.<sup>25</sup>

O pensamento que se opõe a esta ideia de Estado absoluto de Hobbes<sup>26</sup> é o de Locke, para quem, no estado de natureza, existe uma lei natural e, portanto, existem direitos. Nesse sentido, é claro que o estado de natureza não pode, para Locke, confundir-se com o estado de guerra, "os quais, pese a que alguns os tenham confundido, são tão diferentes como o podem ser um estado de paz, boa vontade e assistência e conservação mútuas, e outro que seja de inimizade, maldade, violência e destruição mútuas".<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Leviathan*, cap. 28 p. 356 (*Hurt to revolted subjects is done by right of war; not by way of punishment*) (trad. espanhola, cit., p. 256).

<sup>26</sup> Hobbes concebia o estado absoluto como um organismo artificial. Seu Leviatã é um construto organicista, um corpo artificial. A resistência à autoridade é a *sedição*, que é *enfermidade*, a *guerra civil* é a *morte* (Carlos S. Fayt aborda detidamente este assunto em *Historia del pensamiento político*, Buenos Aires, 2004, II, pp. 122-123). Não é estranho que esta visão organicista cativa a quem se inclina pelas perspectivas sistêmicas da sociedade; as analogias entre os sistêmicos e os organicistas foram registradas muitas vezes (cf. Don Martindale, *The Nature and Types of Sociological Theory*, Boston, 1960, p. 465; na versão em espanhol, Madri, 1979, p. 544), ao ponto de se atribuir a origem moderna do pensamento sistêmico a Augusto Comte (cf. Anthony Giddens, *Sociología*, Bolonha, 1994, p. 620).

<sup>27</sup> John Locke, *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, Barcelona, 1996, Segundo Ensaio, Cap. 2, parágrafo 19 (p. 216).

A *metáfora contratualista* de Locke é muito mais realista que a de Hobbes, pois nela está implícito que a sociedade civil é anterior ao Estado, e por isso alguns deduzem que esse argumento pressupõe dois contratos.<sup>28</sup> O certo é que, uma vez constituída a sociedade civil, a maioria decide pelo contrato estatal e, por conseguinte, não pode ceder neste todos os direitos, mas apenas o necessário para a conservação e o aperfeiçoamento desses direitos. A resistência legítima que derruba o soberano, para Locke, não dissolve a sociedade civil, como pretende Hobbes. Nesta confrontação volta-se a um tema muito mais antigo, mas da perspectiva contratualista, que é o *direito de resistência à opressão*, sustentado por jusnaturalistas muito anteriores e rechaçado pelos partidários do Estado absoluto, sob o argumento da *razão de Estado*.<sup>29</sup>

As notórias diferenças entre estas posições explicam por si mesmas que, tradicionalmente, elas se tenham confrontado como polaridade política. Para Locke, como crítico da *monarquia absoluta*, quem realiza um ato de resistência legítimo, reclamando o respeito de direitos anteriores ao contrato estatal, é um cidadão que exerce seu direito; para Hobbes, como defensor do Estado absoluto, trata-se de um inimigo a quem é mister conter com força ilimitada, sem respeitar sequer as margens da pena, porque deixou de ser um súdito. Quem, para Locke, exerce o direito de resistência à opressão é, para Hobbes, um inimigo pior do que um criminoso. Para Locke, o soberano que abusa do poder perde sua condição enquanto tal e passa a ser uma pessoa como as demais; para Hobbes, é o súdito que resiste ao abuso de poder do soberano quem perde sua condição e passa a ser um inimigo.

O enunciado destas diferenças é suficiente para demonstrar cabalmente a confrontação política de pensamento entre estes pensadores, bem como a ideia de *inimigo* de Hobbes, que está vinculada à sua negação radical do direito de resistência à opressão no seio de um Estado ao qual se deve total obediência como único meio de conter o ser humano, movido sempre pela busca de honras e benefícios.

<sup>28</sup> Sobre esse tema, ver Frederick Copleston, *Historia de la Filosofía*, cit., V, p. 133.

<sup>29</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 847.

#### 4. A confrontação entre Kant e Feuerbach

Em apoio à admissão do conceito jurídico de *inimigo* no Estado de direito, como dissemos, cita-se também Kant, e especialmente a nota na seção segunda do seu tratado *Sobre a paz perpétua*, de 1795.<sup>30</sup> Kant afirma ali que pode haver povos ou seres humanos em estado de natureza, cuja simples presença anárquica representa um perigo e, em tais condições, existe o direito de obrigá-los a participar do contrato.<sup>31</sup>

Ele sustenta que se pode forçar a incorporação dos obstinados a permanecer fora do contrato, pois é a única forma de garantir a paz.

Comumente, admite-se que ninguém pode hostilizar o outro, a não ser que este tenha agredido o primeiro. É muito exato quando ambos vivem no estado civil e legal, pois pelo simples fato de haver ingressado no estado civil, cada um dá a todos os demais as garantias necessárias; e a autoridade soberana que, tendo o poder sobre todos, serve de instrumento eficaz daquelas garantias. Porém, o homem – ou o povo – que se encontra no estado de natureza não me dá essas garantias e até me causa dano pelo simples fato de achar-se nesse estado de natureza; com efeito, ele está junto a mim, e ainda que não me hostilize ativamente, a anarquia do seu estado é para mim uma perpétua ameaça. Eu posso obrigá-lo a entrar comigo em um estado legal comum, ou a afastar-se de mim.<sup>32</sup>

Deixando de lado o considerável etnocentrismo do parágrafo citado e, de passagem, o argumento colonialista que dele pode ser derivado, a verdade é que, neste aspecto, Kant coincide com Hobbes, negando de maneira igualmente decidida o direito de resistência à

<sup>30</sup> *Zum ewigen Frieden*, em *Werkausgabe*, publicado por W. Weischedel, Frankfurt, 1977, T. XI, p. 203.

<sup>31</sup> Parece tratar-se da *laicização* do velho debate sobre a coerção em matéria de fé, que Santo Agostinho primeiro negou, mas em seguida admitiu, com base em sua interpretação particular do *cogite intrare* do Evangelho de São Lucas (XIV, 23). Kant entra aqui em contradição com o que afirma em matéria de heresia, pois constrói uma espécie de *heresia civil* (ver Hans Weizel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, pp. 63-64).

<sup>32</sup> Kant, *La paz perpétua. Ensayo filosófico*, trad. de Francisco Rivera Pastor, Madrid-Barcelona, 1919, nota na p. 21.

opressão, pois a resistência ao soberano implicava a destruição de sua autoridade e a violação do contrato, o que acarretava a perda da garantia externa do imperativo categórico e, por conseguinte, a volta ao estado de natureza e à guerra de todos contra todos.<sup>33</sup>

Neste sentido, não é válido citar Kant como o garante invariável do direito penal liberal, justamente por sua recusa do direito de resistência à opressão. A formidável transcendência do pensamento de Kant não necessita ser adornada por méritos que ele não teve.

No século XVIII alemão reproduziu-se, na filosofia política, a polarização Hobbes/Locke e foi Anselm von Feuerbach<sup>34</sup> quem, em sua primeira juventude, retomou a linha de Locke contra Kant. Com efeito, Feuerbach respondeu a Kant em 1798 em seu *Anti-Hobbes*,<sup>35</sup> que, no rigor da verdade, foi um *Anti-Kant*.<sup>36</sup>

Nesse texto, Feuerbach defende a existência de direitos subjetivos anteriores ao contrato, afirmando que no estado natural também existem direitos, como existe ante a razão o direito à liberdade do africano vendido como escravo, embora este direito não possa ser exercitado porque a força o impede. Para Feuerbach, o soberano é parte do contrato em função do qual este adquire o direito a escolher os meios para realizar os fins sociais, que consistem basicamente na preservação da paz e no afiançamento ou asseguramento desses direitos subjetivos.

<sup>33</sup> *Werkausgabe* VIII, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 756.

<sup>34</sup> Sobre este autor, ver, entre muitos, Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969; Mario A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filósofo e jurista liberal*, Milão, 1970; Eberhard Kipper, *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969.

<sup>35</sup> *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798.

<sup>36</sup> É inquestionável a referência de Feuerbach a Kant no capítulo 1, além da nota em que ele cita expressamente Kant, criticando sua posição a respeito da mudança de constituição (cap. 3). Feuerbach procura respeitosa e separar Kant de Hobbes no que concerne à inviolabilidade do soberano no cap. 6. É claro que, como tinha apenas 23 anos quando escreveu o *Anti-Hobbes*, Feuerbach não podia enfrentar abertamente o prestígio do velho e consagrado filósofo de Königsberg.

Feuerbach é taxativo ao afirmar que a dissidência contra decisões políticas não pode fundamentar qualquer direito de resistência, porém este direito aparece quando o soberano atua contra a sociedade civil e, por conseguinte, viola o contrato, retornando-se ao estado de natureza. Por afastar-se dos fins consignados pelo contrato à soberania, o soberano, no entendimento de Feuerbach, perde seu caráter enquanto tal e, portanto, a resistência não é contra soberano, mas sim contra um particular que detém o poder.

Em resumo, tampouco Feuerbach admite um direito de resistência contra o soberano, mas sim contra quem deixou de sê-lo por afastar-se dos fins que, no contrato, são atribuídos ao exercício da soberania. Se esta resistência não for admitida, cair-se-á na contradição de sustentar que o contrato impõe o dever de obedecer inclusive a quem pretende destruir a sociedade civil e, com isso, retornar ao estado de natureza.

Isso explica o jusnaturalismo liberal de Feuerbach: não há somente uma *razão prática moral*, mas também uma *razão prática jurídica*, que indica o que se pode fazer exercendo direitos anteriores ao contrato estatal.<sup>37</sup> Enquanto a primeira indica o dever moral em função do imperativo categórico, a segunda assinala o espaço jurídico como direito subjetivo, independente da vontade do soberano. Enquanto a razão prática moral assinala o dever moral, a razão prática jurídica faz conhecer o espaço de liberdade em que se elege atuar de modo conforme ou contrário à moral. Como se pode observar, Feuerbach separa muito mais nitidamente que Kant o campo da moral do do direito, do pecado e do delito, derivados, em Kant, do mesmo imperativo categórico.

*Acreditamos que fica claramente demonstrado que a questão do inimigo passa por uma contraposição entre os princípios do Estado absoluto e do Estado liberal, entre Hobbes e Locke primeiro e entre Kant e Feuerbach depois, e a chave dessa contraposição se encontra no direito de resistir à opressão, que*

<sup>37</sup> Ver Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951, p. 543; ver também a investigação de Mario A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberal*, cit.

os partidários do Estado absoluto não só negam como também conferem o caráter de inimigo a quem pretende exercê-lo.<sup>38</sup>

É possível objetar-se que, no caso do chamado *direito penal do inimigo*, não se trata de assinalar como tais aqueles que exercem um direito de resistência, mas sim certos criminosos que não exercem nenhum *direito natural pré-contratual* nem nada parecido. Esta objeção não leva em conta o fato de que, ao consagrar o conceito de *inimigo*, introduz-se diretamente o modelo do Estado absoluto, sem importar em relação a quem esse conceito é aplicado, pois o rompimento do princípio do Estado de direito deixa aberto o caminho para que, mais cedo ou mais tarde, estenda-se o conceito a qualquer resistente e, em especial, àqueles a quem o soberano tem interesse em reprimir, que são os que criam obstáculos à sua arbitrariedade ou os que considera conveniente neutralizar ou eliminar por razões de poder.

Duas consequências da negação do direito de resistência revelam-se curiosas e, por isso, merecem ser assinaladas:

(a) A primeira é que o Estado de direito negaria também o direito de resistência,<sup>39</sup> considerando que no Estado de direito desapparecem as injustiças que justificaram o direito à resistência. É um argumento recorrente para reprimir o protesto social. O certo é que nenhum dos Estados de direito históricos ou reais coloca à disposição de seus habitantes, em igual medida, todas as vias institucionais e eficazes para alcançar a efetividade de todos os direitos. Por causa disso, dado que os Estados de direito históricos ou reais sempre são imperfeitos, nunca se pode descartar totalmente o direito ao protesto e, inclusive, o eventual direito à resistência.

O terceiro considerando da Declaração Universal dos Direitos Humanos julga *essencial que os direitos humanos sejam protegidos por um regime de Direito, a fim de que o homem não se veja compelido ao supremo recurso da rebelião contra a tirania e a opressão.*

<sup>38</sup> Neste sentido, os inimigos seriam aqueles que cometem o crime contra o soberano, isto é, os *crimes de lesa-majestade, crimina lesae majestatis* (cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 846).

<sup>39</sup> Neste sentido, Ferrajoli afirma com razão o paradoxo de que, no Estado de direito, convergem tanto o direito de resistência como a razão de Estado (*Diritto e ragione*, p. 848).

Havendo um *regime de Direito*, tal como o reclama a Declaração, não cabe a rebelião contra a tirania e a opressão, mas esta surge se o regime deixa de ser de direito ou se é substituído por um usurpador.<sup>40</sup>

Fora da situação de usurpação, na qual desaparece o Estado de direito e surge o direito de resistência, tampouco se pode desconhecer o direito de protesto, que reclama frente às imperfeições do Estado de direito histórico e está expressamente reconhecido pelos tratados internacionais universais e regionais dos Direitos Humanos, pois necessariamente está implícito na liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), na liberdade de opinião e de expressão (art. 19) e na liberdade de reunião e de associação pacífica (art. 20). Estes dispositivos impõem a todos os Estados o dever de respeitar o direito a discordar e a reclamar publicamente por seus direitos e, é claro, não só a reservá-los no foro interno, mas também a expressar publicamente seus dissensos e reclamos. Ninguém pode sustentar judiciosamente que a liberdade de reunião só é reconhecida para manifestar complacência. Ademais, não apenas o direito de protesto é reconhecido, mas também o próprio direito de reclamar direitos perante a justiça (art. 8).

O problema torna-se mais complexo quando são reclamados direitos consagrados no *Pacto Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais*, os quais, na condição de assim chamados direitos de *segunda geração* ou próprios do constitucionalismo social originado na Constituição mexicana de 1917<sup>41</sup> e na de Weimar de 1919,<sup>42</sup> não consistem em missões por parte do Estado, mas sim em ações positivas

<sup>40</sup> Está expressamente reconhecido no art. 36 da Constituição Argentina: "Esta Constituição manterá seu império mesmo quando sua observância for interrompida por atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. Estes atos serão insanavelmente nulos. ... Todos os cidadãos têm o direito de resistência contra quem executar os atos de força enunciados neste artigo".

<sup>41</sup> UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985; James Frank Smith, *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990.

<sup>42</sup> René Brunet, *La Constitution Allemande du 11 Août 1919*, Paris, 1921.

ou obrigações de fazer. As vias institucionais consistentes na manifestação pública, o reclamo pelos meios de comunicação de massa, a petição às autoridades e as próprias ações judiciais, tornam-se ineficazes diante da omissão reiterada e contínua do Estado, ou seja, não são idôneas para obter sua efetividade ou, pelo menos, para obtê-la em tempo oportuno, impedindo efeitos irreversíveis ou interrompendo sua progressão. Estas são as situações nas quais o que genericamente se denominou *direito de protesto* coloca questões ao direito penal, devendo avaliar-se cada situação conforme os princípios do estado de necessidade.

(b) A segunda é que a premissa de Hobbes de que *auctoritas, non veritas, facit legem*, colocando assim o soberano fora do contrato social, não deixa espaço para nada além de uma mudança revolucionária. Por isso, Kant negava todo direito de resistência, mas admitia que, se houvesse uma revolução e esta triunfasse, surgia um novo soberano e um novo direito, com o qual estava aberto o caminho para a legitimação da Revolução Francesa, tradicionalmente caluniada por todo o pensamento político reacionário.<sup>43</sup> Um curioso intérprete do Estado nazista,<sup>44</sup> que coloca os limites do *Führerprinzip*, parece optar por uma via similar. Afirma que o *Führer* era livre mas não irresponsável, sendo responsável no caso de que seu *Führung* não estivesse de acordo com o *direito popular*. No entanto, como essa responsabilidade não poderia efetivar-se diante de nenhum órgão do Estado nem perante os súditos, *unicamente um outro Führer poderia intervir em nome da comunidade para pôr em jogo a responsabilidade do Führer culpável e responsável*, isto é, faria um novo em substituição ao decadente.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Por todos: Wilhelm Ihde, *Wegscheide 1789. Darstellung und Deutung eines Kreuzweges der europäischen Geschichte*, Leipzig-Berlin, 1941.

<sup>44</sup> Trata-se de um autor francês que publicou seu livro tardiamente, traduzido no pós-guerra para o espanhol: Roger Bonnard, *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-socialista*, trad. de J. M. Pi Suñer, Barcelona, 1950.

<sup>45</sup> Bonnard, op. cit., p. 133.

## 5. As contradições de Hobbes e a coerência de Schmitt

A tese de Hobbes apresenta duas contradições importantes, que podem ser resumidas em uma, e sobre as quais refletiram muitos pensadores:

(a) A primeira é a que acabamos de nos referir, assinalada pela *crítica liberal*, ou seja, pelo nosso Anselm von Feuerbach: se é o próprio soberano quem reintroduz o *bellum omnium contra omnes*, é absurdo que os cidadãos devam permanecer impassíveis, assistindo à destruição social. Nesse sentido, seu Estado resulta *demasiado absoluto*.

(b) Porém, em outro sentido, o Estado de Hobbes é *pouco absoluto* e com isso cai em outra contradição que a *crítica autoritária* assinalou: Hobbes escrevia sob o impacto das guerras religiosas e por isso, diferentemente do escolasticismo precedente, que baseava o Estado na ética e na religião, procurava evitar que o Estado ficasse entregue às opiniões e crenças existentes e, para isso, fundava a ética e a religião no próprio Estado.<sup>46</sup> Como consequência, detinha-se diante do *foro interno*, fazia distinção entre o *privado* e o *público*, e seu *Leviatã chegava até o limite do privado*, mas não penetrava nele. Deste modo, deixava a salvo a liberdade de consciência religiosa das pessoas.

Isso era claramente expresso quando se referia à questão da fé nos milagres:

Um homem particular (posto que o pensamento é livre) tem sempre a liberdade de crer ou não crer intimamente em certos atos que tenham sido apresentados como milagres, considerando, segundo seu próprio testemunho, que benefícios podem derivar, da crença dos homens, para aqueles que o reconhecem ou o combatem, e conjecturar, baseado nele, se são milagres ou mentiras. Porém, quando se chega à confissão desta fé, a razão privada deve submeter-se à pública, isto é, ao representante de Deus. Quem é este representante de Deus, e o chefe da Igreja, é algo que consideraremos mais adiante, no lugar adequado.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Cf. Felix Dahn, *Rechtsphilosophische Studien*, Berlin, 1883, p. 48; sobre o estado como "máquina neutra", Alejandro Aponete, *Krieg und Feindstrafrecht*, cap. II, A, II, 6.

<sup>47</sup> *Leviatán*, capítulo 37, p. 369 da trad. espanhola; p. 478 da edição inglesa cit.

Deste modo, embora se reconheça ao soberano — como chefe da Igreja — o poder de decidir em que milagres se deve crer, isso se dá apenas em referência ao *culto público*, mas não ao *foro interno*. A fé é uma questão íntima, sua profissão é pública; em questões íntimas o *Leviatã* não entra.

Carl Schmitt, que foi o mais influente teórico reacionário do século passado, chamou a atenção sobre esta limitação ao poder do soberano por parte de Hobbes. Em 1938, ele advertiu que esta limitação "tornou-se o germe mortal que destruiu de dentro para fora o poderoso *Leviatã* e matou o deus mortal. Já poucos anos depois da publicação" — acrescentou, referindo-se a Spinoza<sup>48</sup> — "o olhar do primeiro judeu liberal caiu sobre a fissura apenas visível".<sup>49</sup>

Logo, Schmitt delira, afirmando que praticamente toda a distinção entre moral e direito — a conquista mais apreciada da civilização europeia,<sup>50</sup> desde Christian Thomasius,<sup>51</sup> passando por Kant — são subterfúgios judeus para "minar e socavar a potência do Estado como o melhor meio para paralisar os povos estranhos

<sup>48</sup> Seguramente ele estava se referindo a seu texto de ética (Baruch de Espinosa, *Ética demonstrada según el orden geométrico*, edição de Vidal Peña, Madri, 1980). Sobre sua influência na filosofia posterior: León Dojovne, *Spinoza. Su vida - Su época - Su obra - Su influencia*, T. IV, *La influencia de Baruj Spinoza*, Buenos Aires, 1945.

<sup>49</sup> Carl Schmitt, *El Leviatán*, cit., p. 111.

<sup>50</sup> A Constituição argentina a consagra desde 1853 em seu art. 19 com uma fórmula admirável: "As ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendem a ordem e a moral pública, nem prejudiquem um terceiro, estão reservadas somente a Deus e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que não mandar a lei, nem será privado do que ela não proíbe".

<sup>51</sup> Ver Christian Thomasius, *Fundamento de Derecho Natural y de Gentes*, tradução de S. Rus Rufino e M. A. Sánchez Manzano, Madri, 1994; sobre a importância de Thomasius neste aspecto, ver Hans Weizel, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 171; Ernst Bloch, *Christian Thomasius, un intelectual alemán sin miseria (1953)*, em *Derecho natural y dignidad humana*, Madri, 1980, pp. 285 e ss.

e para emancipar o próprio povo judeu".<sup>52</sup> Porém, o delírio nazista<sup>53</sup> não deve ocultar-nos a certa sinalização da insuperável contradição de Hobbes: *se o soberano não pode intrrometer-se no foro interno, quando o fizer não resta outra alternativa senão reconhecer que nasce aí um direito de resistência do súdito*. Mais ainda: pode-se pensar que, ao fazê-lo, reintroduz a guerra religiosa e com ela o *bellum omnium contra omnes* e — por curioso paradoxo — a contradição assinalada pelo absolutismo coincidiria com a do liberalismo, pois, em tal caso, o soberano perderia legitimidade, deixaria de ser soberano por violar sua função, por mais que Hobbes o considere alheio ao contrato.

Schmitt previne que a tese de Feuerbach poderia ser apoiada pelo próprio Hobbes, porém a minimiza, considerando Feuerbach pouco mais do que um jovem petulante e evitando a resposta mediante o recurso de criticar a teoria da coerção psicológica,<sup>54</sup> que por certo é a menos feliz das teses do genial Feuerbach, esquecendo que a contradição de um pensamento não se responde com outra contradição do pensamento do crítico.

Além de todos os componentes desprezíveis de antisemitismo com que Schmitt cerca sua tese, sua crítica política a Hobbes — de quem entretanto é herdeiro,<sup>55</sup> a ponto de considerá-lo *o representante clássico do decisionismo*<sup>56</sup> — é certa da perspectiva do Estado

<sup>52</sup> Carl Schmitt, op. cit., p. 117.

<sup>53</sup> Não se deve esquecer que dois anos antes deste texto, em 1936, Schmitt havia organizado e presidido o congresso antifijudeu em Berlim, no qual utilizou expressões anti-semitas tão aberrantes que foi ridicularizado pelos próprios nazistas, que as tomaram como prova de seu oportunismo para interromper sua rutilante carreira política (sobre este assunto, ver Bernd Rütters, *Carl Schmitt y el Tercer Reich*, tradução de L. Villar Borda, Bogotá, 2004, pp. 110 e ss.).

<sup>54</sup> Idem, p. 138; por outro lado, Feuerbach não desenvolve essa teoria em seu *Anti-Hobbes*, mas sim na obra *Revisionen der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799, Scientia Verlag, 1966.

<sup>55</sup> Sobre o hobbesianismo de Schmitt, ver Matthias Kaufmann, *¿Derecho sin reglas?*, Barcelona, 1989, p. 126.

<sup>56</sup> Carl Schmitt, *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Buenos Aires, 2005, p. 53 e também 48 e 73; Ernst Bloch, em *Derecho*

absoluto e, ademais, o ponto de partida necessário para toda sua concepção do *inimigo*. Schmitt foi o único que desenvolveu coerentemente essa crítica até suas últimas consequências.<sup>57</sup>

Não se deve negar a coerência de Schmitt por causa de suas terríveis consequências, muito pelo contrário: acreditamos que, justamente, sua formidável e fria coerência demonstra que *a tese do inimigo no campo da ciência política acaba necessariamente nas conclusões a que chega este autor*.

O inimigo hobbesiano não podia ser quem se limitasse a atuar como tal, a resistir exteriormente ao soberano, mas sim, para ser coerente com a tese do Estado absoluto, devia ser alguém, com seu pensamento ou sua fé, capaz de resistir ao modo imposto pelo soberano. Se a obediência devia ser externa e interna, também a inimizade podia ser tanto desobediência externa como interna.

*natural y dignidad humana*, cit., p. 49, também o considera um "decisionista", herdeiro da teologia de Duns Escoto e Guilherme de Occam.

<sup>57</sup> Ainda que Schmitt tenha sido o *Kronjurist del Dritte Reich* (cf. Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt teórico del Reich*, Bologna, 1989), sua referência no que tange à questão do inimigo é obrigatória, a ponto de suas teses terem sido retomadas por muitos críticos do Estado *liberal burguês*, de orientação política diferente e até mesmo abertamente oposta a ele. Ver, a esse respeito, a apresentação de José Arico a *El concepto de lo político*, que já citamos, e também Luciano Albanese, *Schmitt*, Editori Laterza, 1996, p. 7. Kirchheimer, que havia sido seu discípulo, combinou sua crítica à democracia burguesa com o socialismo austríaco de Max Adler (sobre este ponto, ver José Luis Monereo Pérez, *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, em O. Kirchheimer, *Justicia política*, Granada, 2001, p. XXXVIII e ss.). Contra todas estas tentativas se insurgem Atílio A. Boron e Sabrina González ("¿Al rescate del enemigo?", em A. A. Boron (org.), *Filosofía política contemporánea*, Buenos Aires, 2002, pp. 135 e ss.): "Um autor que cai no estatismo mais absoluto, que carece de uma teoria do Estado, que degrada a democracia a níveis de um simulacro tragicômico e que oferece uma visão empobrecida da vida política pode ser efetivamente considerado um farol esclarecedor na atual crise da teoria e da filosofia políticas?" (p. 155). Estudos recentes sobre Schmitt podem ser encontrados em Jorge Dotti e Julio Pinto (org.), *Carl Schmitt. Su época y su pensamiento*, Buenos Aires, 2002, e em Julio Pinto, *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*, La Plata, 2000.

A partir dessa premissa, a disjuntiva é clara: para o liberalismo só há infratores ou delinquentes (*iguais*); para o absolutismo não há apenas infratores ou delinquentes (*iguais*), mas também – e sobretudo – *inimigos* em guerra (*estranhos*). A função da política liberal seria garantir a paz entre os cidadãos (*todos iguais*), sancionando os infratores segundo a gravidade da infração; a função da política absolutista seria também garantir a paz entre os cidadãos (*iguais*), porém isso não seria suficiente, porque, com a guerra, também seria preciso neutralizar os *inimigos* (*estranhos*), e a sanção aos infratores passaria a ser uma questão menor.

Sem a neutralização dos *inimigos* (*estranhos*) com a guerra, não poderia haver paz entre os cidadãos (*iguais*): se o Estado perdesse a guerra não poderia garantir sua paz interna, e o Estado, nesta concepção, sempre tem *inimigos* (*estranhos*) que lhe movem a guerra e contra os quais não existe outra alternativa senão responder-lhes com a guerra.

Para Schmitt, na guerra frente ao *inimigo* não existe nenhum limite imposto pela *humanidade*, porque esta não tem *inimigos*. Schmitt acompanha, neste aspecto, a eloquente afirmação de Joseph de Maistre – outro reacionário coerente e precursor – quando dizia que “não existe o homem no mundo; vi, durante minha vida, franceses, italianos, russos etc., porém, quanto ao homem, declaro que nunca em minha vida o encontrei e se existe, me é desconhecido”.<sup>58</sup> Daí que Schmitt afirma que toda invocação da *humanidade* seja falsa e suspeita de manipulação, porque qualquer limite ao poder do soberano frente ao *inimigo* acaba com o próprio conceito de *inimigo*, debilita o Estado e lhe impede de garantir a paz entre os cidadãos.

Como vimos, a ideia romana do *inimigo*, do *hostis*, não admite médias-medidas, nem sequer o limite do foro interno imposto por Hobbes, porque abre o caminho da resistência ao soberano e com isso impede o exercício da soberania na guerra.

<sup>58</sup> Citado por Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1993, p. 14. Schmitt afirma que “a humanidade, como tal, não pode realizar nenhuma guerra, posto que não tem *inimigos*, ao menos neste planeta. O conceito de humanidade exclui o de *inimigo*, visto que o *inimigo* também não deixa de ser humano e nisso não apresenta nenhuma diferença específica” (Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985, p. 51).

O arrazoado que admite a distinção entre cidadãos e *inimigos* deve pressupor uma guerra (pois sem ela não há *inimigos*) e, ademais, que esta é praticamente permanente, pois das guerras excepcionais se ocupa o direito militar e de guerra (e não o direito penal ou o direito administrativo ordinário). Por mais que se queira dissimular e ocultar o conceito de guerra, a verdade é que não se concebe *inimigo* sem guerra.

Se essas premissas são dadas por certas, deve-se concluir, como faz Schmitt, que a essência do político – ou seja, a polaridade que equivale a *bom e mau* para registrar o campo próprio da moral, a *belo e feio* para o da estética, a *rentável e não rentável* para o da economia (pois se esta essência não fosse encontrada, o político careceria de autonomia) – consiste na polaridade *amigo/inimigo*: “a específica distinção política à qual é possível referir as ações e os motivos políticos é a distinção de *amigo e inimigo*”.<sup>59</sup>

Essa conclusão é de transparente coerência, pois se se admite a existência de uma guerra permanente, *diferente da guerra extraordinária ou da guerra propriamente dita, da guerra como fim*, a função essencial da política não poderia ser outra senão ocupar-se dela. Mais ainda, em Schmitt, guerra e política superpõem-se, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, porque exige que todos se unam frente ao *inimigo* e não lutem entre si. Daí que a teoria da política de Schmitt, embora sustente a sua famosa polaridade, não se ocupa do *amigo* nem da *amizade*, sendo praticamente uma *teoria do inimigo*.<sup>60</sup> A *amizade* seria só o resultado da união frente ao *inimigo*, algo assim como a *amizade de trincheira*.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Schmitt, *El concepto de lo político*, p. 23.

<sup>60</sup> Cf. Alejandro David Aponte C., op. cit. A origem desta tese poderia remontar ao “ódio com espírito de unidade” de Esquilo e referir-se a uma passagem de *Las Euménides* (ver, sobre isso, José Antonio Sanz Moreno, *Ordenación jurídica y Estado posliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, 2002, p. 278). É curioso que esta tese remonte ao “pai da tragédia”, o único que guardava respeito pelos tenebrosos deuses do passado, Gaia e Urano, Cronos e Moira (cf. Paul de Saint-Victor, *Las dos carátulas. Historia del teatro griego y de las grandes épocas del arte teatral*, Buenos Aires, 1952, I, p. 173).

<sup>61</sup> Giovanni Sartori, *Elementos de teoría política*, Madrid, 1992, p. 219.

O coroamento do pensamento de Schmitt, ao registrar a essência da política, é que *não existe política liberal, mas sim apenas crítica liberal da política*. Em consequência, o direito penal liberal não passaria, em nosso campo, de uma crítica ao direito penal autoritário (do inimigo), ou seja, uma série de discursos que criticaram os sucessivos discursos de direito penal do *inimigo*, mas na realidade seria uma *mera ilusão sem possibilidades de se concretizar numa política*. Só caberia reconhecer-lhe o caráter de *política penal* na construção hegemônica dos discursos inquisitivos e negar-lhe as contensões liberais que se erguem entre eles, por mais que sejam elas que tenham permitido construir os espaços de liberdade<sup>62</sup> em que alguns de nós vivem no planeta.

Poder-se-ia pensar que ele tem razão, dado que os discursos críticos liberais se instalam nos espaços de debilidade de uma agência hegemônica e enquanto se prepara a seguinte. Sem dúvida, o discurso crítico liberal vai aprendendo com as sucessivas experiências e vai postulando princípios mais precisos e críticas mais profundas. Ainda que sua estrutura não mude, seu conteúdo se enriquece com a soma de experiências. O discurso crítico de Spee<sup>63</sup> não é idêntico ao de Beccaria, nem tampouco este é idêntico ao da Escola de Frankfurt, nem o desta ao de Ferrajoli ou Baratta.

Todavia, cabe destacar que existe uma diferença fundamental entre os discursos críticos e os inquisitoriais, que consiste no fato de que estes últimos mudam por completo seu conteúdo, dado que, de uma emergência a outra, só conservam a estrutura, não podendo fazer outra coisa devido à enorme disparidade de inimigos em que suas emergências legitimadoras se fundamen-

<sup>62</sup> Sobre esta alternância e sua dinâmica, ver nossos trabalhos: *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. *Lectio Doctoralis*, na Universidade Nacional de Rosario, Buenos Aires, Ediar, 2004; e *El derecho penal liberal y sus enemigos*. *Lectio Doctoralis*, na Universidade de Castilla-La Mancha, 2004, publicado também em *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, 2005, pp. 155 e ss.

<sup>63</sup> Friedrich von Spee, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, editado por Ana Foa, tradução de Mietta Timi, Roma, 2004.

tam. Já o discurso liberal não altera seu conteúdo, mas antes o conserva e enriquece, porque, definitivamente, *tem um único competidor, que é o poder punitivo absoluto e arbitrário, ou seja, o Estado de polícia*.

Por conseguinte, levando em conta os conteúdos, pode-se inventar a pretensão de Schmitt, pois se existe uma *política penal*, esta é precisamente a liberal crítica, formada ao longo de uma experiência secular. *A política liberal tem um único competidor há oito séculos, e, portanto, pode acumular experiência; a política inquisitorial é errática, pois para inventar um inimigo deve desmontar a legitimação do precedente*.

De qualquer maneira, não se pode desconhecer o fato de que Schmitt tem o mérito de desenvolver *o mais formidável e coerente esforço para negar a dialética entre o Estado de polícia e o Estado de direito, pretendendo reduzir este último a uma incômoda e oca ilusão perturbadora e conferindo realidade somente ao primeiro*.

Nesta perspectiva, Schmitt afirma que a distinção *amigo/inimigo* indica o extremo grau de intensidade de uma união ou de uma separação, de uma associação ou de uma dissociação, sem apelar a nenhuma outra distinção nem basear-se nelas. Não lhe importa que o inimigo seja bom ou mau, belo ou feio, o que lhe interessa é que *o inimigo é simplesmente o outro, o estrangeiro*,<sup>64</sup> definido na forma que assinalamos antes.<sup>65</sup>

*Porém, quem decide quem é ou quem são os inimigos?*<sup>66</sup> A resposta de Schmitt não pode ser outra senão o político, ou seja, o soberano. Em caso de conflito extremo, é o soberano (político) quem decide se a alteridade do estranho no conflito concretamente existente significa a negação do modo próprio de existência e se por isso é necessário defender-se e combater, para preservar o próprio, peculiar modo de vida.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Respeitamos a tradução utilizada, mas insistimos em que a palavra que o autor usa é *Fremde*, a mesma que Mezger empregou em seu projeto.

<sup>65</sup> *Supra*, I, 3; Schmitt, op. cit., p. 23.

<sup>66</sup> Esta é a pergunta que Albin Eser formula em *Consideraciones finales*, em Eser-Hassemer-Burkhardt, cit., p. 472.

<sup>67</sup> *Supra*, I, 3.



Está claro que esta decisão política, como já assinalamos,<sup>68</sup> nada tem a ver com o conceito de *inimigo* do positivismo de Garofalo, que pretendia uma sinalização ótica do indivíduo; em Schmitt, o inimigo é clara e inquestionavelmente político. “Soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”<sup>69</sup> — é a premissa do seu *decisionismo* — e esta decisão<sup>70</sup> é a que assinala o *inimigo*.<sup>71</sup> O inimigo não vem *onticamente imposto*, não é um dado de fato que se impõe ao direito, mas é *politicamente assinalado*. Embora existam mitos anteriores, reconhece-se que se assinala o *inimigo* porque convém fazê-lo. Neste sentido, chegou-se a se reconhecer que este foi o procedimento no caso dos judeus.<sup>72</sup> Trata-se de uma identificação vazia de conteúdo, que o poder pode preencher a seu bel prazer, porque *sempre necessita ter um inimigo*.<sup>73</sup> Devido a esta característica, foi qualificada como *pragmatismo vil*.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> Ver supra, III, 3 e 4.

<sup>69</sup> Schmitt, *Teología política*, Buenos Aires, 2005, p. 23. Com esta frase encabeça sua obra e a seguir acrescenta que “esta definição é a única que se ajusta ao conceito de soberania como conceito-limite”.

<sup>70</sup> Ele quis vincular seu decisionismo a Kierkegaard, passando do individual ao social e da eleição existencial à eleição do inimigo (sobre isso, ver Alejandro David Aponte C., op. cit.).

<sup>71</sup> O Estado fascista também aspirava a esse poder: “O Estado fascista é o estado verdadeiramente soberano, o que domina todas as forças existentes no país e submete todas elas à sua disciplina” (Alfredo Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma, 1927, p. 18).

<sup>72</sup> Um discípulo de Schmitt escreveu: “A consciência da igualdade específica e do pertencimento racial comum se atualiza sobretudo na capacidade de reconhecer o especificamente distinto e em diferenciar entre amigo e inimigo. Por isso, o judeu se converte, sem consideração a boa ou má fé e sentimentos bons ou maus, em inimigo e, como tal, tem que se fazer inofensivo” (Forsthooff, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933, p. 40, cit. por Bernd Rütters, op. cit., p. 77).

<sup>73</sup> Sobre este nihilismo e pragmatismo, ver Alejandro Aponte, *Krieg und Feindschaft*, cit., cap. 3, VI, 4 e 5.

<sup>74</sup> Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Madri, 1980, p. 155.

Na ordem interna, Schmitt deduzia que nas emergências, que são os momentos em que cabe definir e enfrentar o inimigo, o poder de defender a Constituição corresponde ao Executivo e não ao Judiciário, pois considerava este último como um poder burocrático, útil na normalidade, mas não na emergência.<sup>75</sup> O Judiciário seria útil uma vez definido o inimigo, mas não no momento da crise que demanda a definição e a neutralização. Daí que, quando se trata da defesa da própria Constituição, considera-se que o soberano (o político) é quem está habilitado para decidir e, de acordo com isso, para suspender todos os limites e garantias até onde julgar necessário, sem controle algum do Judiciário. Isso é explicado pela afirmação de que a Constituição é um conjunto de leis e que umas têm prioridade sobre outras: considera que o princípio republicano, por exemplo, é prioritário e, por conseguinte, para salvá-lo, todas as garantias e direitos podem ser suspensos.<sup>76</sup>

A definição da Constituição como um conjunto de leis e não como uma lei única permitiu a hierarquização de normas constitucionais e, com isso, legitimou a implosão da Constituição de Weimar. Mediante este artifício, pode-se violar impunemente a Constituição e argumentar-se que isso é feito para manter sua vigência; pode-se usurpar o poder constitucional e afirmar que se permanece dentro do direito, isto é, que se legitima qualquer golpe de Estado e, em particular, o chamado *autogolpe* ou assunção de poderes absolutos pelo Executivo, cancelando o Legislativo e o Judiciário.

Como se pode observar, o pensamento de Schmitt é bastante circular: afirma que não é possível eliminar a necessidade (surgida da emergência e do caso excepcional), pois sua presença não depende da lei, sendo infrutíferos os esforços do Estado de direito em contê-la e

<sup>75</sup> Esta foi a base da polémica com Kelsen: Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1929; trad. italiana, *Il custode della Costituzione*, cit.; versão espanhola, *La defensa de la Constitución*, Madri, 1983; *Teología política*, Buenos Aires, 2005; Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madri, 1995.

<sup>76</sup> Sobre a constituição como pluralidade de leis, ver Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madri, 1992, p. 37. Com este argumento, ele legitimava o direito do Executivo alemão de suspender as garantias e de prender legisladores e opositores na agonia da República de Weimar (ver, sobre esse assunto, Bendersky, op. cit.).

evitá-la. Portanto, afirma que quando a situação de necessidade se apresenta, o máximo que a Constituição pode fazer é dizer quem decide nesse Estado excepcional. Portanto, para Schmitt o *soberano decide se há necessidade e também o que fazer nesse caso*, sem que isto signifique para ele nenhum golpe de Estado, uma vez que, segundo ele, esta decisão do soberano continua dentro da ordem jurídica, mesmo quando implica a suspensão da própria Constituição.<sup>77</sup>

De acordo com este desdobramento, no mínimo curioso, bastaria sempre ao soberano magnificar uma situação de emergência para invocar a necessidade e estabelecer a ditadura, que, ademais, seria *jurídica*. Desse modo, parece que voltamos à pura *pleonexia* de Calicles, ou seja, ao governo do mais forte,<sup>78</sup> uma vez que “se uma situação de necessidade gera anormalidade, é necessário implantar uma situação normal e é o soberano quem, em caráter definitivo, decide se a situação é, com efeito, normal”.<sup>79</sup> Deve-se dar um desconto para o fato de que o *soberano* leva um tempo para se decidir, como Franco, Salazar ou Stalin, que morreram sem fazê-lo.

## 6. O *hostis* reclama um Estado absoluto

O conceito de *inimigo* nunca é compatível com um Estado de direito nem com os princípios do liberalismo político. Quando Alberdi, no século XIX, imputava a negação do liberalismo a seus detratores, o fazia valendo-se do conceito de *inimigo*: “o *liberalismo*” — escrevia — “como hábito de respeitar o dissenso dos outros exercido contra nós, é algo que não cabe na cabeça de um liberal argentino. O *dissidente* é *inimigo*; a dissidência de opinião é guerra, hostilidade, que autoriza a repressão e a morte”.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> “O soberano” — escreve — “decide se o caso proposto é ou não é necessário e o que convém fazer para dominar a situação. Cai, pois, fora da ordem jurídica normalmente vigente, sem deixar, por isso, de pertencer a ela, posto que tem competência para decidir se a Constituição pode ser suspensa in toto” (*Teologia política*, cit., p. 25).

<sup>78</sup> Ver, sobre isso, Adolf Menzel, *Calicles*, trad. de Mario de la Cueva, México, 1964.

<sup>79</sup> *Teologia Política*, cit., p. 31

<sup>80</sup> Juan Bautista Alberdi, *Escritos póstumos. Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas*, Buenos Aires, 1899, T. X, p. 156.

As consequências políticas da admissão do conceito romano do *hostis* são as registradas por Schmitt. Pode-se argumentar no sentido oposto, insinuando que até mesmo a guerra tem limitações jurídicas, o que sem dúvida é verdade. Porém, quando se fala do *hostis* como *inimigo* introduzido no direito penal ou administrativo normal, ou seja, fora do contexto bélico em sentido estrito, não se faz referência à guerra, que deve respeitar os princípios do direito internacional humanitário de Genebra. Pelo contrário, está-se introduzindo com isso um *conceito espírito ou particular de guerra permanente e irregular*, porque se trata de um inimigo que, por atuar fora das normas que devem ser cumpridas na guerra propriamente dita, ingressa no direito ordinário de um Estado que não está estritamente em guerra — um detalhe que Schmitt em momento algum considerou.

Com essa ideia do *hostis* como inimigo em uma *guerra* que, para alguns, não é *guerra*, que consiste em medidas de *exceção* e de *emergência*, em uma exceção abarcada pelo direito ordinário, em uma *exceção que não é exceção*,<sup>81</sup> em uma *ordinarização do excepcional*,<sup>82</sup> ou no que quer que seja nesse nebuloso debate, o certo é que, para além de toda esta confusão, oculta-se sempre a admissão de uma *guerra irregular e permanente*, porque é uma contradição em termos falar de *inimigo sem guerra*, real ou pelo menos iminente.

Esta *guerra irregular e permanente* não pode ser dissimulada com argumentos apurados e considerações incompressíveis e súbitas. O Estado de *exceção* está incorporado às Constituições democráticas com bastante cuidado e tem seus limites perfeitamente estabelecidos e seus controles também regulados. Não há razão alguma para confundir o Estado *excepcional constitucional*<sup>83</sup> com uma

<sup>81</sup> Com razão, viu-se na exceção a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda prática judicial conscientemente disforme, segundo as regras ordinárias (cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 845).

<sup>82</sup> Nos últimos anos, Giorgio Agamben insistiu sobre a *ordinarização da exceção*, em *Estado de exceção*, cit.; ver, sobre este tema, Carlos Palma, “El ‘enemigo’ del derecho penal del enemigo”, em *Congreso*, cit., Guaiquill, 2005, p. 253.

<sup>83</sup> O art. 23 da Constituição Nacional Argentina, por exemplo: “Em caso de *comocção* interna ou de ataque externo que ponham em perigo o exercício

*guerra irregular ou permanente* que, por não ser a *guerra* em sentido estrito, acaba sendo uma guerra isenta da observação das normas do direito internacional humanitário.<sup>84</sup>

O discurso legitimador destas atrocidades foi a chamada *doutrina de segurança nacional*, enunciada pelos golpistas franceses da Argélia<sup>85</sup> e difundida aos oficiais das forças armadas de toda a América Latina a partir da *Escola das Américas*, que os Estados Unidos mantinham no Panamá. Embora não tenham faltado trabalhos um pouco mais elaborados,<sup>86</sup> a doutrina era exposta em manuais simplistas, que partiam de uma premissa comum com o *trotskismo*: a alucinação de uma *guerra permanente*, travada entre a União Soviética e o *Ocidente*, em que cada golpe em zona de influência alheia seria uma batalha.<sup>87</sup> Era descrita como uma *guerra suja*, pois não se respeitavam as regras da guerra convencional, o que implicaria violar tanto as regras do direito penal e processual penal quanto as do

desta Constituição e das autoridades criadas por ela, será declarada em estado de sítio a província ou território onde exista a perturbação da ordem, ficando suspensas ali as garantias constitucionais. Porém, durante esta suspensão, não poderá o presidente da República condenar por si, nem aplicar penas. Seu poder, relativamente às pessoas, se limitará, em tal caso, a detê-las ou trasladá-las de um ponto a outro da Nação, se elas não preferirem sair do território argentino”.

<sup>84</sup> Nem sequer na guerra formal, usando inclusive o critério tomista do *bellum justum*, se poderia deixar de considerar o inimigo como pessoa (cf. Hendrik Schneider, “Bellum justum gegen den Feind im inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der ‘Bekämpfung’ der organisierten Kriminalität”, em *ZStW*, 113, 2001, 3, pp. 499 e ss.).

<sup>85</sup> Equipe Seladoc, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980; Joseph Comblin, *Le pouvoir militaire en Amérique Latine*, Paris, 1977 (tradução: *Dos ensayos sobre seguridad nacional*, Santiago do Chile, 1979).

<sup>86</sup> São clássicas as obras de Golbery do Couto e Silva, *Planejamento estratégico*, Brasília, 1981; Augusto Pinochet Ugarte, *Geopolítica*, Santiago do Chile, 1984.

<sup>87</sup> É claro que isso não passava de um discurso: a ditadura argentina não ocultou seus vínculos comerciais com a União Soviética, principal comprador de grãos nesses anos e potência que bloqueou as denúncias em foros internacionais.

direito internacional humanitário,<sup>88</sup> essas normas só deviam ser respeitadas nas *guerras limpas*.

A despeito da atrocidade real, durante o exercício violentíssimo deste poder descontrolado e onímodo em nossos países e a consequente triplicação do sistema penal, o discurso jurídico penal continuou sendo alimentado pelas teorias alemãs em voga e os doutrinadores afinados com as ditaduras nem sequer se preocuparam em teorizar um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada.<sup>89</sup>

Os argumentos legitimadores dos ditadores e de seus sequazes provinham das proclamações dos militares e colonos franceses na luta colonial da Argélia dos anos 1950 e começo dos 1960.<sup>90</sup> O

<sup>88</sup> Os bispos se pronunciaram com agudo sentido crítico no chamado *Documento de Puebla*, Buenos Aires, 1979, p. 67 (parágrafo 49). Para uma crítica documentada, ver: Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago do Chile, 1979.

<sup>89</sup> Houve poucos discursos jurídicos: Mário Pessoa, *O direito da Segurança Nacional*, Rio de Janeiro, 1971; Carlos Horacio Domínguez, *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica antissubversiva*, Buenos Aires, 1980; Fernando Bayardo Bengoa, *Los Derechos del Hombre y la defensa de la Nación*, Montevideo, 1979.

<sup>90</sup> No caso da Argentina, houve missões militares francesas de especialistas com experiência na Indochina e na Argélia em 1957, ou seja, contemporâneas a esta última guerra colonial. Estas missões responderam ao interesse de oficiais argentinos que desejavam conhecer as doutrinas francesas introduzidas nas academias militares (cf. Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, cit.; Fabián Bosoer, *Generales y embajadores. Una historia de las diplomacias paralelas en la Argentina*, Buenos Aires, 2005, p. 204; Diego Liumá, “La influencia francesa en los militares argentinos. Los maestros de la tortura”, em *Todo es Historia*, Buenos Aires, setembro de 2002). Entre 1958 e 1962 foram publicados vários artigos na *Revista de la Escuela Superior de Guerra* sobre os métodos franceses no Vietnã e na Argélia: Jean Nougues, *Características generales de las operaciones en Argelia* (1960, 337, 416, pp. 174 e ss.); do mesmo autor, *Radioescopía subversiva de la Argentina* (1962, 344, 1/3, pp. 24 e ss.); Patrice de Naurois, “Algunos aspectos de la estrategia y de la táctica, aplicados por el Viet-Minh durante la campaña

discurso de Salan perante seus juízes franceses – que encontraram atenuantes capazes de livrá-lo da pena de morte – é familiar aos ouvidos latino-americanos: ele ensaia a justificativa da repressão, do terrorismo de Estado e do golpe de Estado da OAS nos atentados da Frente argelina.<sup>91</sup>

No entanto, a tese da *guerra suja* – sem essa denominação, é claro – foi teorizada pelo próprio Schmitt, com sua proverbial clareza e aterradora coerência e sinceridade, pretendendo encontrar suas primeiras manifestações na resistência espanhola à invasão napoleônica e justificando sua existência com base em escritos de Lênin e Mao, para terminar ensaiando uma reivindicação do golpe de Estado colonialista do general Raoul Salan na Argélia.<sup>92</sup>

de Indochina” (328, 1958, 1/3, pp. 97 e ss.); do mesmo autor, “Una teoría para la guerra subversiva” (1958, 329, 4/6, pp. 226 e ss.); Henri Grand d’Esnon, “Guerra subversiva” (1960, 338, 7/9, pp. 339 e ss.); François Pierre Badie, “La guerra psicológica” (1958, 331, 10/12, pp. 665 e ss.); Alcides López Aufranc, “Guerra revolucionaria en Argelia” (1959, 335, 10/12, p. 61. É interessante recordar que o discurso *anti-subversivo* da ditadura militar argentina muitas vezes denunciou Jean-Paul Sartre como ideólogo perigoso, o que não deixa de ser muito curioso, mas se explica por não ser nada além de uma pura imitação do discurso da OAS em resposta ao famoso prólogo anticolonialista do livro em que Fanon dá conta das atrocidades do exército francês na Argélia: Franz Fanon, *Los condenados de la tierra*, México, 1965.

<sup>91</sup> Para uma síntese do proceso de Salan de acordo com a imprensa favorável a ele, ver Ramón Cayuelas e Antonia Orts Montoya, *La guerre d’Algérie (1954-1962)*, San Vicente (Alicante), 2005, pp. 344 e ss.; uma curiosa avaliação que “não contém conclusões” foi publicada na *Revista de la Escuela Superior de Guerra* argentina em 1962: Jorge Raúl Orfila, “Del Proceso Salán ¿surgen experiencias asimilables al mando militar actual? (n° 345-6, 4/9, 1962, pp. 174 e ss.).

<sup>92</sup> Ele o fez em duas conferências pronunciadas na Espanha em 1962, muitos anos depois da queda do nazismo: trad. espanhola em *El concepto de lo político*, México, 1985, pp. 113 e ss.; trad. italiana: *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Milão, 2005. Também afirma, de passagem que “a Espanha soube defender-se, com uma guerra de libertação nacional, da fagocitação do comunismo internacional” (p. 79 da tradução italiana).

Para isso, ele interpretou arbitrariamente a famosa tese de Clausewitz,<sup>93</sup> confundindo o momento político com o bélico, quando este, na realidade, assinalava a continuidade de um a outro. Para Clausewitz, a guerra era a continuação da política por outros meios, mas para Schmitt é a própria política.<sup>94</sup>

Schmitt confunde ambos os momentos na *guerra irregular* de seu *partisan*. A continuidade é verdadeira, porém nem por isso deixam de ser dois os momentos e, no momento político, não há *inimigos*, mas *infratores*; o *poder de guerra* (contra *inimigos*) do momento bélico passa a ser *poder punitivo* (contra *infratores*) no momento político. Schmitt os confunde para que os *inimigos* subsistam no momento político, porque sua *guerra* não cessa, é permanente. Trata-se da guerra *suja* na qual Salan devia atuar. Quando se obscurece o limite entre a guerra e o poder punitivo, introduzindo-se o *inimigo* na *não-guerra*, *guerra limitada* ou *meia guerra* ou como se a queira chamar ou encobrir, ampara-se, sob o equívoco nome de *direito penal*, uma guerra que não conhece limites jurídicos.<sup>95</sup>

Os limites jurídicos se perdem porque essa *guerra suja* não permite distinguir entre *combatentes* e *população civil*, pois argumenta-se que os combatentes se ocultam entre a população e às vezes esta os protege. Com isso, legitima-se a *agressão indiscriminada* contra a população civil, o que rompe o princípio diretor de todo o direito internacional humanitário de Genebra. Com este argumento, seria justificado o massacre das *Fossas Ardeatinas* em Roma ou qualquer prisão e execução de reféns para conter a resistência civil e, em geral, as represálias contra qualquer população civil, que ficaria automaticamente dividida entre *amigos* ou *colaboracionistas* e *inimigos* ou *subversivos*, abrangendo esta última categoria todos os que pretendem ser neutros ou não participantes. Qualquer resistência ou limitação jurídica que se pretenda ao poder será considerada *subversiva* ou *traidora* e quem a tentar correrá sérios perigos:

<sup>93</sup> Ver Raymond Aron, *Clausewitz*, Bolonha, 1991.

<sup>94</sup> Cf. Atílio A. Boron e Sabrina González, em op. cit., p. 146; sobre o apagamento dos limites entre guerra e poder punitivo, ver Federica Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*.

<sup>95</sup> Cf. Prittitz, op. cit., p. 108.

A pretensão de introduzir o *inimigo* ou *hostis* no direito ordinário (penal ou administrativo), de forma matizada ou limitada, não invalida a afirmação de que a única introdução coerente do conceito é a de Carl Schmitt, porque está justamente nela a raiz da contradição que Schmitt atribuiu a Hobbes: se admitimos a existência do *inimigo* mas colocamos limites à sua indicação, não podemos negar que quando o poder definidor exceder esses limites fará surgir um direito de resistência por parte do cidadão arbitrariamente indicado como *inimigo* e isso negaria o próprio poder de sinalização do Estado e a própria essência da política. Ninguém pode resistir à sinalização como *inimigo*, quando esta é a essência da política e do poder definidor do soberano.

Evidentemente, argumentar-se-á que, no plano real, existe um Estado de direito e que este tem instituições e controles capazes de impedir a arbitrária sinalização de *inimigos*. Duas observações invalidam essa justificativa:

(a) Antes de mais nada – embora a proposta seja feita no contexto de um Estado de direito com controles e limitações –, não é menos certo que, *ao se limitar as liberdades de todos para a poder individualizar eficazmente os inimigos, estreita-se a possibilidade de defesa dos cidadãos perante esses mesmos organismos, pois, por definição, estamos neutralizando, ou pelo menos debilitando, os controles do Estado de direito.*<sup>96</sup>

É bastante claro que este fenômeno está sendo observado nos países centrais. Uma lei que permite a detenção indeterminada sem processo, violação de correspondência e de privacidade sem ordem judicial, tribunais militares secretos e a expulsão do território, manutenção de presos em Guantánamo e em Abu-Ghraib,<sup>97</sup> vai configurando um sistema penal paralelo, semelhante ao montado em nossas ditaduras de segurança nacional dos anos 1970, sob pretexto de situações de emergência em que se utilizaram continuamente as próprias disposições de exceção das Constituições. A denúncia de via-

<sup>96</sup> A lei fundamental de toda emergência é a salvação e o bem do Estado, “lei suprema perante a qual se curvam todas as outras, inclusive os princípios gerais, cujas alterações legítimas” (Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 845).

<sup>97</sup> Ver Elena La Torre, com a colaboração de Dídac El Rabaque, “La cárcel de Abu-Ghraib”, em *Panóptico*, Barcelona, n° 7, 2005, pp. 83 e ss.

gens e transporte secretos de presos começa a configurar o sistema penal subterrâneo.

Convém recordar que o velho racismo genocida não era motivo de preocupação no centro, enquanto essa prática se circunscrevia à periferia do poder mundial; o mesmo parece acontecer agora com a segurança nacional: foi uma doutrina que não incomodou enquanto exercida em nossos países, mas agora ela está se estabelecendo no próprio centro.

(b) Em segundo lugar, e no plano do poder real, é possível observar que o conceito de *inimigo* ou *hostis* proporciona ao soberano e à publicidade de massa um argumento deslegitimador das instituições e controles mediante sua estigmatização como *obstáculos antipatrióticos, burocracias inúteis e cegas, ideólogos encobridores dos inimigos, idiotas úteis, insensíveis frente ao sacrifício dos jovens que oferecem suas vidas para salvar a nação e, sem dúvida, traidores ou subversivos* na guerra que visa a neutralizar os perigos derivados da emergência apocalíptica e que exige uma frente única, homogênea e compacta; não por acaso, todos os Estados de polícia tendem à homogeneização, que é incompatível com a ideia de uma sociedade plural e com a tolerância<sup>98</sup> e que, em seus extremos, acaba na limpeza étnica.<sup>99</sup>

Isso também é assim porque há uma contradição teórica entre admitir o conceito de *inimigo* e pretender o controle dos órgãos do Estado. Para Hobbes, o soberano não faz parte do contrato, não há contrato entre o soberano e os cidadãos, mas sim um simples contrato entre os cidadãos que concordam em entregar o poder ao soberano.

Da perspectiva hobbesiana, inteligentemente desenvolvida por Schmitt, o soberano suspende a norma por causa da exceção e essa suspensão não seria um autogolpe de Estado, mas estaria conforme à ordem jurídica. Se a exceção à norma faz parte do direito, não

<sup>98</sup> Carl Schmitt promove a eliminação da heterogeneidade em seu conceito particular de *democracia* (*Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, publicado originariamente em Hochland, 1926, pp. 257-260).

<sup>99</sup> Cf. Atilio A. Boron e Sabrina González, op. cit., p. 151.

seria inválida ou não-aplicável.<sup>100</sup> Por isso, no fundo, existe uma contradição teórica entre basear-se em Hobbes e pretender que o soberano seja controlado pelos tribunais ou juizes. Schmitt concorda com Hobbes: nos casos de exceção, quem decide é apenas o soberano.

É inquestionável que quem pretende acolher hoje, no Estado de direito, o conceito jurídico de *inimigo*, procurará guardar a maior distância possível de Schmitt e seguramente o fará de boa fé, afirmando que não se trata do conceito *schmittiano* de *inimigo*. Não admitirá o conjunto de aberrações impostas aos *inimigos* ao longo da história do poder punitivo nem tampouco que a negação da condição de pessoa deixe-a reduzida à *nuda vita* no sentido de Agamben.

É possível afirmar que o *inimigo* deve conservar alguns direitos, porém esta será sempre uma questão *quantitativa e não qualitativa*. É verdade que, como já assinalamos, Karl Stooss não foi Schmitt, mas esta é apenas uma questão de grau, pois na hora de determinar até que ponto se pode provocar a dor e causar mal ao *inimigo*, a resposta será sempre a mesma: na estrita medida da *necessidade*. Será entendida por tal a necessidade de neutralizar um perigo e, por conseguinte, de prover segurança; porém, como a segurança absoluta não existe, quem avalia a oportunidade desta medida terá sempre a chance de invocar a necessidade de maior segurança.

A quantidade de mal dependerá das circunstâncias políticas que outorguem mais ou menos espaço ao soberano, que sempre, qualquer que seja o mal atribuído ao *inimigo*, agirá invocando a necessidade de salvar a própria Constituição e o próprio Estado de direito. Quase todos os golpes de Estado latino-americanos emitiram proclamações racionalizadoras de seu delito, invocando a necessidade de defender a Constituição que eles mesmos violavam ou aniquilavam.<sup>101</sup>

Por isso, a *admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito*, posto que se trata apenas de

<sup>100</sup> Cf. Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, cit., pp. 75-77 e 87.

<sup>101</sup> Para os golpes de Estado na Argentina, ver Horacio Verbitsky, *Medio siglo de proclamas militares*, Buenos Aires, 1987.

uma questão de quantidade — não de qualidade — de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa.

O caminho para a redução do cidadão à *nuda vita* será percorrido mais rapidamente onde o contexto do Estado de direito precedente for mais débil e vice-versa. Uma mesma lei pode representar uma gravíssima lesão aos direitos humanos fundamentais em um contexto institucional débil (policías corruptas, poder judiciário com escassa independência, tradição pouco democrática, ampla exclusão social, distribuição muito polarizada da riqueza, racismo, xenofobia, sexismo, homofobia e outros preconceitos muito latentes etc.) e, ao contrário, representa uma lesão de pouca gravidade no contexto oposto. Daí a importância de preservar o princípio do Estado de direito na América Latina e de tomar todos os cuidados para não introduzir confusões que legitimem a neutralização de sua função orientadora. É justamente *onde os Estados de direito apresentam mais defeitos reais ou históricos que mais se precisa cuidar da intangibilidade do modelo ideal que deve orientar seu aperfeiçoamento*.

# V.

## As táticas de contenção: a proposta estática e sua inviabilidade

### 1. Um debate contemporâneo singular

Embora exista um amplo consenso a respeito da descrição do fenômeno de endurecimento da legislação penal das últimas décadas, não há acordo quanto à resposta que o saber jurídico penal deve dar a esse fenômeno. A grande maioria da doutrina mostra-se severamente crítica a esse respeito e, por conseguinte, embora o objetivo estratégico que indica a conveniência de deter e reverter esse endurecimento costume ser muito comum no penalismo contemporâneo, não se pode dizer o mesmo sobre a tática para alcançar esse fim.

A proposta tática de contenção que provocou mais amplo debate foi a formulada por Günther Jakobs. O professor de Bonn chamou de *direito penal do inimigo*<sup>1</sup> o tratamento diferenciado de alguns delinquentes – em especial dos *terroristas* –, mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir todo o campo penal.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cf. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, trad. de Teresa Manso Porto, em *Revista Peruana de Ciencias Penales*, ano VII-VIII edição especial nº 12; *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, em HRRS, março de 2004, trad. espanhola em Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, “Derecho Penal del enemigo”, *Cuadernos Civitas*, Madri, 2003; “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, em Eser-Hassemer-Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (F. Muñoz Conde, coord.), Valência, 2004, pp. 53 e ss.; “La pena estatal: significado y finalidad”, em *XVII Congreso Latino-americano IX Ibero-americano I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Guayaquil, 2005.

<sup>2</sup> Tratar-se-ia de uma “terceira velocidade” na diferenciação proposta por Silva Sánchez, o que implicaria uma renovação da classificação tripartite napoleônica de infrações penais, com diferentes penas, processos e jurisdições.

Conforme este autor, o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os *ciudadãos* e de outra para os *inimigos*, reservando o caráter de *pessoa* para os primeiros e considerando *não-pessoas* os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal. Tratar-se-ia de uma espécie de *quarentena penal do inimigo*.

Para Jakobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma,<sup>3</sup> e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal do *ciudadão*, enquanto no direito penal do *inimigo* deveria operar como um puro impedimento físico. Não obstante, o autor reconhece que ambas as funções estão sempre presentes na reação penal, pois, quanto ao *terrorista*, a contenção também serviria para reafirmar a vigência da norma, ao passo que no caso do ladrão comum, como esta reafirmação se traduz numa privação de liberdade, importa também um impedimento para uma eventual reiteração do comportamento durante o tempo de prisão.

Esta proposta desencadeou um debate tão extenso quanto intenso e de tom muito pouco usual,<sup>4</sup> em que nem sempre é reconhecido o caráter de *tática de contenção* do próprio *direito penal do inimigo*.

<sup>3</sup> Ver Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin, 1983, p. 4; "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", em *Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados*, México, 2002, p. 3; em sentido crítico, Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Buenos Aires, 2004, p. 73.

<sup>4</sup> Entre tantos trabalhos, ver Albin Eser, em Eser, Hassemer e Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (Francisco Muñoz Conde, org.), Valência, 2004, p. 472; Lúcio Antônio Chamon Junior, *Do giro finalista ao funcionalismo penal. Embates de perspectivas dogmáticas decadentes*, Porto Alegre, 2004; Luis Gracia Martín, "Consideraciones críticas sobre el actualismo denominado 'derecho penal del enemigo'", em *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7-2-2005; Eduardo Demetrio Crespo, op. cit., em *RDPC*, n.º 14, 2004, pp. 87 e ss.; José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana", em *RECPC*, <http://criminol.ugr.es/recpec>; Cornelius Prittwitz, "Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de

Jakobs utilizou pela primeira vez a expressão<sup>5</sup> para criticar o endurecimento legislativo das últimas décadas, mas, a partir de 1999, diante do ameaçador avanço dessa tendência, passou a defender a mencionada necessidade de sua legitimação parcial como modo de deter o crescimento do próprio *direito penal do inimigo*.<sup>6</sup> Esta mudança de fachada foi uma das causas da singular acidez do debate em torno do tema.<sup>7</sup>

Derecho penal?", em Santiago Mir Puig e M. Corcoy Bidasolo (dir.) e Gómez Martín (org.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 106 e ss.; Alejandro Freeland, "¿Derecho penal del enemigo?" em *El Derecho*, D. Penal, 2003, p. 907; Carlos Parma, "El 'enemigo' del derecho penal del enemigo", em *Congreso*, cit., Guaiquil, 2005; Fernando Velásquez, "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", em *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n.º 15, 2005; Bernd Schünemann, em *Goldamers Archiv*, 2001, pp. 210 e ss.; Alejandro David Aponte, "Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia", em *Documentos ocasionales*, CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999 (este último texto leva em conta apenas a versão crítica de Jacobs de 1985); do mesmo autor, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, Bogotá, 2005; do mesmo autor, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Nomos Verlag, 2004; Jacson Luiz Zilio, *O discurso contra o inimigo: o novo já nasce velho* (texto apresentado à pós-graduação da Universidade de Buenos Aires, 2005, inédito); Facundo J. Marín Fraga, "Derecho penal del enemigo", em [eDial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina](http://eDial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina), janeiro de 2006; Kai Ambos, "La construcción de una parte general del derecho penal internacional", em *Revista Penal La Ley*, Madri, 17, janeiro de 2006, pp. 5 e ss.; para uma ampla informação bibliográfica, ver Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires, 2005, p. 32, nota 11.

<sup>5</sup> Destacando que aquele era o adiantamento da punição a atos preparatórios: "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico", em *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1997, pp. 293 e ss.; reproduzido em *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, 2002, pp. 391 e ss.

<sup>6</sup> Sobre esta mudança, ver Prittwitz, p. 108; sobre as críticas de Albin Eser e Ingeborg Pupe à sua posição de 1999, ver p. 109. 32, nota 11.

<sup>7</sup> Prittwitz diz que "em termos gerais pode-se afirmar que Jakobs declarou guerra ao ilegítimo 'direito penal do inimigo' em sua conferência em 1985, mas em sua intervenção de 1999 declarou guerra aos inimigos da



Por outro lado, Prittwitz tem razão quando afirma que, se Jakobs houvesse utilizado os termos tradicionais para dizer mais ou menos o mesmo, não haveria provocado nenhum impacto negativo,<sup>8</sup> o que é corroborado pela visão que a história do poder punitivo e da doutrina penal nos deu. Com efeito, acreditamos que, se não houvesse falado de *inimigo* e de *não pessoa*, e se houvesse se limitado a repetir o que Welzel<sup>9</sup> ou mesmo von Liszt<sup>10</sup> afirmavam, não teria despertado muita polêmica.

Porém, justamente o *vocabulário* é seu *melhor acerto*, pois sua terminologia põe em apuros todo o penalismo, dado que, ao resgatar e tornar explícito o conceito de *inimigo* ou de *estranho* e seu inevitável caráter de *não pessoa*, ele desnudou o fenômeno e, com isso, a *má consciência* histórica do direito penal (doutrina penal) frente à teoria política, tal como o destacamos. Pode-se afirmar que o maior mérito desta proposta é a clareza e a frontal sinceridade com que o problema é definido.

O certo é que Jakobs, além de não empregar a terminologia corrente no direito penal tradicional para ocultar o que ele chama de *direito penal do inimigo*, contextualizou sua proposta no marco da explosiva situação internacional criada pela intervenção unilateral dos Estados Unidos no Iraque, o que o sagaz professor de Bonn apresenta como uma alternativa muito mais violenta do que a sua proposta.<sup>11</sup> Cabem poucas dúvidas de que, nestas circunstâncias, por a admissão de um tratamento penal diferenciado sob o título de *direito penal do inimigo* — mesmo parcialmente e visando à sua

sociedade” (op.cit., p. 111). Em, seguida, assinala que uma boa parte do escândalo obedece à mudança frontal do próprio Jakobs, que em 1985 usou a expressão pejorativamente, para estigmatizar a tendência antiliberal e bélica que, ao contrário, iria legitimar em 1999 (idem, p. 112). A rigor, seria injusto recriminar Jakobs por assumir com entusiasmo a legislação repressiva; o que pode ser reprochado é sua resignada aceitação e sua infundada pretensão de aspirar contê-la, quando parcialmente a legítima.

<sup>8</sup> Idem, p. 113.

<sup>9</sup> Ver infra, III, 3.

<sup>10</sup> Ver infra, idem.

<sup>11</sup> Jakobs, em *Congreso*, Guaiquil, cit., p. 65.

própria contenção e, ademais, numa linguagem clara e precisa, rara em nossos dias — não é a *conduta corriqueira* dos penalistas. Eles quase sempre postularam esse tratamento penal com outro nome, para recuperar sua verdadeira natureza política, na qual, visto que se propõe uma combinação de aceitação da realidade com retirada tática, sua leitura é facilmente entendida como *uma espécie de resignada deserção em meio à disputa política mundial*.

Cabe esclarecer que a proposta de Jakobs — a exemplo de muitas anteriores<sup>12</sup> — é da mais absoluta boa fé quanto ao futuro do Estado constitucional de direito. Afinal, como assinalamos, quando ele propõe habilitar o poder punitivo sob a forma de meta contenção para *não pessoas* (entes perigosos), fá-lo imaginando que, desse modo, seria possível impedir que todo o direito penal fosse contaminado e se afastasse do *inimigo* e, por conseguinte, que todo o poder punitivo fosse exercido sem limitações. Ao mesmo tempo, permitiria que ambos funcionassem no marco do Estado de direito, com o que não se alteraria uma tradição pacífica na doutrina penal, que sempre o admitiu sem reparar na contradição que comporta.

Jakobs renova acertadamente a linguagem para descrever o fenômeno, mas na hora de propor sua tática de contenção parece deixar as coisas como estavam, pois pretende dar um espaço ao *inimigo* no direito do Estado de direito. Isso é o que *quase todo o penalismo e boa parte da teoria política fizeram desde que a modernidade considerou — e continua considerando — compatível um incompressível conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretensão conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito*.

<sup>12</sup> Jakobs, impressionado por delitos como o *terrorismo*, não é o primeiro penalista — e nem será o último — a propor o estabelecimento de diferenças. Cabe recordar, por exemplo, penalistas de inquestionável cunho liberal no campo penal, como Bettiol, que apelavam ao direito penal de disposição interna sob situações análogas, embora sua proposta parecesse muito mais moderada (“Stato di diritto e ‘Gesinnungsstrafrecht’”, em *Scritti Giuridici 1966-1980*, Pádua, 1980, pp. 129 e ss.).

A proposta de Jakobs não tem parentesco com a de Schmitt,<sup>13</sup> nem com quaisquer das anteriores que postularam o tratamento penal diferenciado do inimigo com outro nome, uma vez que *nem sequer a legislação penal nacional-socialista partia de Schmitt, mas se filiava à tradição garofaliana*.<sup>14</sup> No entanto, sua tática de contenção – ao aceitar a incorporação do *hostis* ao Estado de direito para salvá-lo de seu naufrágio autoritário, a exemplo de suas predecessoras supostamente liberais com terminologia menos colérica – não leva em conta, precisamente, o ponto em que Schmitt tinha razão: *o conceito jurídico de inimigo só é admissível em um Estado absoluto*.

Em síntese, não é correto afirmar que a tática de contenção de Jakobs se nutre das ideias de Schmitt. Não obstante, cabe observar que, ao pretender a compatibilidade do conceito de *hostis* com o Estado de direito, ele incorre na contradição da teoria política que, muitos anos antes, Schmitt havia assinalado em Hobbes.

*Deve-se atribuir a Schmitt sua opção reacionária pelo Estado absoluto, enquanto Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do Estado absoluto no interior do Estado de direito, sem se dar conta de que isso o implode. Schmitt é coerente em sua opção decisionista pelo Estado absoluto, enquanto que Jakobs não o é, ao manter sua opção pelo Estado constitucional de direito. É incorreto rechaçar a legitimação parcial do novo autoritarismo “cool”<sup>15</sup> que Jakobs ensaia sob o argumento de que sua base é schmittiana. Isso não é verdade. Sua base deve ser criticada porque conduz irremediavelmente ao Estado absoluto de Carl Schmitt e acaba nele, dado que sua tática de contenção não só é ineficaz como também produziria efeitos paradoxais. Afinal, o conceito de inimigo não admite limitações (nada, fora do pró-*

<sup>13</sup> Em resposta a Peter-Alexis Albrecht, Jakobs afirma que compartilha uma similitude de terminologia e questionamentos com Schmitt, mas ambos devem ser situados em seu respectivo contexto histórico (citado por Eduardo Demétrio Crespo, “El ‘derecho penal del enemigo’ darf nicht sein”, em *iustel.com, RGDP*, n.º 4, novembro de 2005, nota 41).

<sup>14</sup> Ver supra, III, 4.

<sup>15</sup> Ver supra, II, 6 e 7.

prio poder, pode impedir que se reduza o *inimigo à nuda vita*), *nem tampouco o Estado a cujo direito se incorpora esse conceito* (não há nada capaz de impedir que o Estado no qual se introduz o conceito de *inimigo* acabe em Estado absoluto).

## 2. Não existem conceitos limitados de inimigo

Poder-se-ia argumentar, contra as observações anteriores, em defesa da proposta de contenção de Jakobs, que o *hostis* dos dias de hoje seria submetido à contenção como indivíduo perigoso em razão da falta de confiança em seu comportamento futuro, dado que sua hipotética conduta futura carece de apoio cognitivo na melhor forma do direito (ou seja, porque é perigoso), e que isso só se postula na estrita medida da necessidade, isto é, caso seja privado de sua condição de pessoa apenas nessa extensão.<sup>16</sup> Deste modo, se pretenderá que o conceito de inimigo reivindicado não é o mesmo do de Schmitt – isto é, o *hostis* romano – e sim outro, mais limitado.

Neste sentido, Jakobs argumenta que, “embora o tratamento com o inimigo seja a guerra, trata-se de uma guerra rigorosamente delimitada”,<sup>17</sup> em que só se priva o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo, mas se deixa aberta a porta para seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus demais direitos. Poder-se-ia dizer que, assim como propõe encerrar o direito penal do inimigo num compartimento estanque para salvar o resto do direito penal (do *cidadão*), ele também aspira a limitar o caráter de *não pessoa* do inimigo quanto à *intensidade da despersonalização*.

Tudo isso se coloca como uma limitação aos princípios do Estado de direito, imposta pela *necessidade* e em sua estrita medida. Sem dúvida, esta tática de contenção está destinada ao fracasso, porque não reconhece que para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, esta sempre invoca uma *necessidade que não conhece lei nem limites*.

<sup>16</sup> “Esta despersonalização se produz de modo pontual, exclusivamente no que se refere ao possível uso defeituoso da liberdade. A demais, a personalidade jurídica fica incólume. Um exemplo disso é assegurar ao delincente o direito a manter sua integridade física, a sua propriedade, e o dever de pagar impostos” (Jakobs, em *Congreso*, Guaiquil, 2005, p. 64).

<sup>17</sup> *Idem*, p. 65.

Como ninguém pode prever exatamente o que qualquer um de nós fará no futuro – nem sequer nós mesmos –, a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem tem o poder de decisão deixe de considerá-lo inimigo. Assim, o grau de periculosidade do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizador.<sup>18</sup> O próprio Jakobs adverte, imediatamente depois de demandar a estrita limitação da “despersonalização do inimigo, que se o inimigo incrementa sua periculosidade, sem dúvida, também aumentará a sua despersonalização; os prisioneiros de Guantánamo são um exemplo da perda de limites desta guerra”.<sup>19</sup>

Por mais que relativizemos a ideia, quando distinguimos entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não pessoas), estamos nos referindo a seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas. *Esta distinção não é uma invenção gratuita de Jakobs nem de nenhum outro doutrinador moderno, mas sim uma consequência necessária da admissão das medidas de segurança.*

Embora tenha recebido as mais fortes críticas por afirmar, partindo do normativismo, que o inimigo não deve ser considerado pessoa, em bom rigor esta proposta de contenção é coerente com todo o direito penal do século XX, que, como vimos, foi teorizado com base na admissão de que alguns seres humanos são *perigosos* e que só por isso devem ser segregados ou eliminados. Sem afirmá-lo explicitamente, eles foram *coisificados*, deixaram de ser consideradas pessoas, e isso foi ocultado, quase sempre, mediante racionalizações. Neste sentido, a proposta de Jakobs não deve causar tanto escândalo, mas sim toda a tradição doutrinária penal que legitima a exclusão dos *estranhos* da pena e sua eliminação ou neutralização por serem *perigosos*.

Jakobs não constata nada diferente desse tratamento em sua proposta e, com isso, não faz mais do que descrever uma realidade, assumindo a consequência que não é admitida por outros autores que pretendem a aplicação deste tratamento diferencial a um ser

<sup>18</sup> Neste sentido, Carl Schmitt, cf. supra, IV, 5.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

humano, sem causar danos ao seu caráter de pessoa. Na verdade, essa condição é absolutamente incompatível com as contensões puras, que só são admissíveis quando passageiras e diante de condutas lesivas, em curso ou iminentes, e que devem ser obrigatoriamente detidas no momento da agressão ou imediatamente antes, a título de coerção direta. Quando a coerção direta se estende a outras situações, o que ocorre é uma *administrativização* de todo o direito penal e, com isso, volta-se à Inquisição.

Não é correto defender a posição de Jakobs, minimizando sua afirmação e afirmando que ele só postula que os inimigos tenham menos direitos individuais que os cidadãos, e sendo assim a negação do caráter de pessoa nos inimigos é perfeitamente coerente e inevitável.<sup>20</sup> O correto seria destacar a contradição de quem, desde a modernidade até hoje, postulou ou legitimou a mesma coisa sem levar em conta a consequência incontestável dessa proposta.

### 3. A inevitável quebra do Estado de direito

A proposta de Jakobs, embora – insistimos – não parta de nem se apoie em Schmitt, inextricavelmente se enreda em sua própria lógica. Quando afirma<sup>21</sup> que, em casos excepcionais, o Estado de direito deve cumprir sua função de proteção e que está legitimado para isso em razão da *necessidade* – ou seja, que a esta não se podem opor obstáculos derivados de um conceito abstrato do Estado de direito (*abstrakten Begriff des Rechtsstaates*) –, Jakobs presuppõe que *alguém deve julgar a necessidade* e que *este alguém não pode ser outro senão o soberano*, em sentido análogo ao de Schmitt. O Estado de direito concreto de Jakobs, deste modo, torna-se inviável, porque seu soberano, invocando a necessidade e a emergência, pode suspendê-lo e designar como *inimigo* quem considerar oportuno, na extensão que lhe permitir o espaço de poder de que dispõe.

<sup>20</sup> Tampouco há, a esse respeito, maior sentido prático na discussão sobre o caráter *natural* ou *atributivo* da condição de pessoa, ou seja, se esta é inerente ao ser humano e as leis apenas o reconhecem ou se, pelo contrário, são estas leis que a outorgam (sobre esta discussão, Luis Gracia Martín, *Consideraciones críticas*, cit), pois hoje trata-se de direito positivo.

<sup>21</sup> *Terroristen als Personen im Recht?* in ZStW, 2005; também em *Congreso*, Guataquil, cit.

O Estado de direito *concreto* invocado pelo professor de Bonn – isto é, o que fica consignado nos fatos entregues ao juízo sobre a necessidade que o soberano tenha e ao espaço de poder real de que ele disponha – anula o Estado de direito *abstrato*, ou seja, cancela o próprio princípio do Estado de direito, ficando o limite do poder em mãos de um soberano que individualiza *inimigos* por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência. A prevalência de uma pretensa razão instrumental – cuja base empírica, aliás, é falsa – leva à *razão de Estado* e à consequente negação do Estado de direito.<sup>22</sup>

Não obstante, cabe perguntar que preocupações esta consequência pode gerar, quando o Estado de direito é violado nos fatos e no direito. Assim, pode-se observar na América Latina que as medidas de contenção postuladas por Jakobs apenas para os inimigos<sup>23</sup> são aplicadas – certamente sem mais discriminação do que a seletividade criminalizante – a todos os suspeitos de ser infratores, ou seja, trata-se a todos como *inimigos*. Essas medidas de *contenção* são aplicadas automaticamente a todos aqueles suspeitos de serem infratores e só se lhes faz cumprir um resto de pena formal nos poucos casos em que uma sentença firme pronunciada depois de anos verifica que se trata efetivamente de um infrator e que, além disso, a pena excede o tempo que a medida durou.<sup>24</sup> Dessa perspectiva, deve-se admitir que Jakobs propõe algo muito mais limitado do que o que se pratica e se legitima na região latino-americana.

Além de o direito penal legitimar as medidas de pura contenção para perigosos em todos os códigos que admitem o sistema binário, na América Latina o direito processual penal também faz o mesmo com a prisão cautelar. Em outras palavras, para quase três quartos dos presos da região vigoram condições análogas às de Guantánamo. O fato de estarem submetidos a processo não representa uma diferença substancial, porque quando os processos e a prisão cautelar se prolongam indefinidamente, a situação do preso processado torna-se idêntica à do não processado.

<sup>22</sup> Cf. Federica Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo* (inédito).

<sup>23</sup> Jakobs sustenta, acertadamente, que a prisão provisória é uma medida de contenção (cf. *La pena estatal*, en *Congreso*, Guayaquil, 2005, p. 61).

<sup>24</sup> Cf. *Supra*, II.

Por conseguinte, o escândalo desencadeado por esta proposta não seria justificado, visto que não apenas não é muito diferente daquilo que sempre se fez e se legitimou nem tampouco daquilo que os tribunais de nossos países aceitam cotidianamente. A proposta é, na verdade, muito mais limitada, para evitar que alcance todos os criminalizados. Ademais, a verificação anterior é prova suficiente de que o Estado de direito invocado como crítica à sua proposta seria rompido pela simples presença real e jurídica do inimigo, e mesmo em maior medida do que aquela que o próprio autor estaria disposto a tolerar.

Considerando que não se propõe introduzir e ampliar o uso do conceito de inimigo no direito penal, mas sim admiti-lo em um compartimento estanque perfeitamente delimitado, para que não se estenda e contamine todo o direito penal, caberia pensar que esse preço não é tão caro assim, tendo em conta que, na prática, opera numa medida mais extensa, o que importaria, em muitos casos, até numa redução de seu âmbito. O princípio do Estado de direito, permanentemente invocado para rechaçar o tratamento diferenciado, se encontraria, de fato e de direito, rompido em função do que se faz e se legitima até o presente. Se os criminalizados – e nem sequer os processados puros – não são tratados como pessoas, não haveria razão para objetar que isso seja proposto apenas para um grupo de apenados e não para os demais. Se o poder punitivo se desloca para outras pessoas que não os *terroristas*, seria possível afirmar que há muito mais oportunidades de deslocamento quando todos os infratores e suspeitos são tratados como *inimigos* do que quando se faz isso com relação a apenas um determinado grupo.

#### 4. A avaliação negativa da eficácia de contenção

Vimos que Jakobs proclama-se, na realidade, inimigo do direito penal do inimigo, porém agora acredita ser impossível eliminá-lo e, portanto, propõe contê-lo. (a) Cabe concordar com este autor quanto à necessidade de conter o avanço autoritário no direito penal, ou seja, compartilhamos o seu objetivo estratégico. (b) Ademais, parece-nos que ele acertou ao utilizar o vocábulo *inimigo*, com o qual pôs a descoberto a verdadeira natureza desse avanço, que é claramente *belicista*. (c) Também é verdade que, quando a pessoa é tratada como um puro ente perigoso (*não pessoa*), ela é inevitável-

mente privada de sua condição de pessoa. (d) Por último, é válido observar que a legislação e a prática impõem um poder punitivo que aceita a discriminação penal do inimigo e suas consequências (*con-tenção pura*) em medida muito mais ampla do que a proposta de Jakobs, o que significa dizer que o princípio do Estado de direito já está violado. Isso parece levar à conclusão de que a proposta de Jakobs é válida no sentido de admitir o princípio em medida muito limitada, para evitar que continue se estendendo sem limites.

A colocação parece coerente e na realidade o é, porém a partir de uma visão totalmente *estática* da realidade e, sobretudo, do *po-der*. Entre *Parmênides* e *Heráclito*, *Jakobs* escolhe *decididamente* *Parmênides*, porém não leva em consideração que a *realidade* é *dinâmica* e que no *poder tudo flui*.<sup>25</sup> Quando se refere a um Estado de *direito concreto*, está reconhecendo que algo falha nos Estados de direito históricos ou reais, que não são o ideal do Estado de direito (que ele chama *abstrato*). Isto é verdade porque nenhum Estado de direito histórico é idêntico ao modelo ideal, e por isso *Jakobs* propõe, na prática, o abandono do modelo ideal, e por isso não faz mais indagações. Ele não vai além de uma simples fotografia desta situação, mas, com certeza, se em vez de uma câmara fotográfica tivesse em suas mãos uma filmadora, veria que sua imagem é exata, mas que se move permanentemente, que é *dinâmica*, que nunca para. A rigor, não se está lidando com uma imagem falsa, mas conferindo-se à mera captação de um momento o valor de captação total da realidade. Uma imagem fotográfica não é falsa, apenas não reflete a *dinâmica* da realidade; simplesmente capta a imagem instantânea dessa realidade. Quando vemos uma fotografia do imperador *Guilherme II*, estamos diante da imagem de um instante da realidade, porém hoje o imperador está morto.

A partir de uma visão *estática* do poder — ou seja, da fotografia — é possível pensar que, se concedermos um espaço limitado ao direito penal do inimigo, ou seja, se entregarmos um grupo de pessoas ao poder conforme o modelo do Estado de polícia, e de forma limitada, as pulsões deste modelo cessarão. Todavia, não é isso que

<sup>25</sup> Sobre *Heráclito*, *Rodolfo Mondolfo*, *El pensamiento antiguo. Historia de la filosofía greco-romana*, Buenos Aires, 1974, I, pp. 47 e ss.

acontece na realidade *dinâmica* do poder, no qual todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto.

Na perspectiva *parmenídica*, é verdade que um modelo ideal jamais realizado não tem utilidade alguma nem merece ser invocado e, por conseguinte, pouco importam as contradições deste modelo ideal com a admissão de um espaço limitado ao seu modelo contrário. Todavia, na perspectiva *dinâmica* ou *heraclitiana* — na qual o modelo ideal é necessário, sempre e a todo momento, para orientar toda e qualquer ação jurídica de contenção do avanço do Estado de polícia —, a renúncia a este modelo significa deixar o poder jurídico de contenção sem seu principal elemento orientador e, portanto, desarmar o Estado de direito concreto e real, desbaratando todos os esforços jurídicos no sentido de sua sustentação e reforço. *A tática de contenção proposta por Jakobs, inobjetável da perspectiva da visão estática, traduz-se em um desaparecimento do Estado de direito real e concreto na realidade dinâmica do poder.*

Quando ficamos só com a imagem instantânea de um ente *défituoso* como é o Estado de direito real ou histórico, que é defeituoso precisamente porque nele travam combate elementos do Estado absoluto, e *verificamos seu defeito por comparação com o modelo ideal do Estado de direito*, podemos pensar em sustar esse combate legitimando um espaço para os elementos absolutos. Entretanto, ao proceder essa maneira, estaremos, nem mais nem menos, concedendo ao soberano do Estado real ou histórico o poder de medir a necessidade e, por conseguinte, a extensão dos elementos absolutistas e, como arquivamos o modelo ideal por ser inútil, o discurso jurídico já não poderá diagnosticar o defeito do ente real. Estaremos diante de um ente puro, um ser sem possibilidade alguma de anunciar seu *dever ser*, limitando-se a indicar a vontade e o espaço de poder real do soberano.

Neste sentido, a tática de contenção proposta por *Jakobs* não só acaba por ser inviável, como tem também efeitos paradoxais inevitáveis: é o remédio que mata o paciente.

# VI.

## As táticas de contenção: a proposta dinâmica

### 1. A dialética do Estado de direito e o poder punitivo

Os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto. Os Estados de direito parlamentares surgiram como resultado das lutas contra o poder absoluto do soberano até chegar a monarquias parlamentares; algumas suprimiram a figura do monarca e passaram a ser repúblicas parlamentares. Nos sistemas presidencialistas a transferência do poder ao Parlamento não se consuma: um presidente substitui o monarca e conserva, em boa medida, suas funções, ainda que limitadas pela Constituição e controladas pelo Legislativo. Porém, estas couraças (ou *corsés*) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos *não eliminaram o Estado de polícia, apenas o encapsularam*. No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou menor medida, bem sucedido.

Por isso, o Estado de *direito histórico* — i.e., o Estado de direito concreto realizado no mundo — não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia, tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obituários ao Estado de polícia, porque ele estava bem vivo dentro de todo Estado de direito.<sup>1</sup> É por isso que o modelo ideal do Estado de direito, no qual *todos estão submetidos da mesma forma perante a lei*, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza

<sup>1</sup> Cf. Merkl, A., *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1980, pp. 325 e ss.

plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda, que é a regra do Estado de polícia, permanentemente tentando a chegar ao Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização.

Por isso, existe uma dialética continua no Estado de direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca.<sup>2</sup> Quanto maior é a contenção do Estado de direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vice-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo.

A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito.

## 2. A função essencial do direito penal do Estado de direito

O direito penal – ou seja, a programação doutrinária da jurisprudência e o treinamento dos juristas para esta tarefa de contenção e redução do poder punitivo – não pode pretender que o poder jurídico impeça a passagem deste, em sua totalidade (ou em sua maior parte), porque o poder jurídico é sempre limitado e, por conseguinte, carece em absoluto de qualquer possibilidade de produzir uma mudança total da sociedade e da cultura nas dimensões e na profundidade que isso implicaria.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> O Estado de polícia está sempre inventando novos inimigos. Neste sentido, é certa a observação de Otto Kirchheimer: “Todo regime político tem seus inimigos ou os vai criando com o tempo” (*Justicia Política*, Granada, 2001, p. 3).

<sup>3</sup> Deve ser levado em conta o que é informado supra, II, 2.

Uma mudança ou redução radical do poder punitivo é extremamente problemática e de modo algum pode ser tarefa do direito penal, dada a limitação do poder jurídico de contenção que este planeja e, portanto, não pode fazer nada além de propor a administração otimizada do poder de contenção reduzido, de forma que permita apenas a passagem do poder punitivo menos irracional, erigindo-se em barreira para o de maior irracionalidade.

Vimos afirmando em várias ocasiões que o direito penal se comporta como o direito internacional humanitário do tempo da política, e os juízes equivalem à Cruz Vermelha desse momento.<sup>4</sup> Essa afirmação, que por certo não é meramente metafórica, demanda, porém, uma nítida distinção entre o momento da política e o momento da guerra. Por isso, qualquer introdução do inimigo no momento da política representa a confusão entre eles (pois não há inimigo sem guerra), ou seja, confunde ou identifica a guerra com a política – ao estilo de Schmitt –, com o que se chega ao Estado absoluto, porque são então suprimidos os limites jurídicos ao poder, limites que só são reconhecidos quando permanecem separados.

Em toda superposição ou confusão entre ambos, não há argumentos para impor o respeito aos limites penais do Estado de direito porque há guerra, e tampouco aos limites do direito internacional humanitário, porque não é a guerra clássica ou formal, dado que o inimigo não é um combatente regular e, portanto, confunde-se com a população civil.

A introdução do inimigo no direito ordinário (não propriamente bélico ou de guerra) de um Estado de direito o destrói, porque obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os do direito humanitário invocando a criminalidade. Ainda que se o faça ou se queira fazê-lo prudentemente, mais cedo ou mais tarde, dependendo das circunstâncias políticas que concedam um poder mais efetivo ao soberano, desemboca-se no Estado de polícia e passa-se, então, para o Estado absoluto. Deve-se levar em conta que o espaço de poder efetivo do soberano costuma ser limitado pela luta entre agências ou corporações, mas sempre tende a concentrar-se e a verticalizar-se.

<sup>4</sup> “La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria”, em Leticia Gianformaggio (org.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turim, 1993.

A função do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a *redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis*. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de direito perecerá. Nesse sentido, o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia. O Estado de direito ideal é o instrumento que orienta o direito penal em todo Estado de direito, marcando os defeitos que a realidade sempre apresenta e que se estabelecem na comparação do Estado de direito histórico com o ideal.

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança.<sup>5</sup> Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função — isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos —, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, consequentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência.

Dada esta função política, o direito penal nunca pode ser *neutro*. Ele deve ser sempre *parcial*, no sentido de que, em qualquer circunstância, deve fortalecer a contenção das pulsões absolutistas, ou seja, deve estar sempre do lado do Estado de direito.<sup>6</sup> Como

<sup>5</sup> Daí que alguns autores não queiram falar de um direito penal de *terceira velocidade*, mas sim de um *retrocesso do direito penal* (Cf. Julio Lascano (h), em *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, 1, 2004, p. 179 e ss). Poder-se-ia acrescentar que, numa visão dinâmica como a assinalada, o direito penal não tem *velocidades*, e sim uma *caixa automática*, ou seja, uma alavanca que indica apenas avanço e retrocesso.

<sup>6</sup> Ver a crítica ao direito penal instrumental, a serviço de qualquer política, em Thomas Vormbaum, "*Politisches Strafrecht*", en ZStW, 107 (1995), pp. 734 e ss.

*teoria jurídica, não pode separar-se da prática sem grave risco de desequilíbrio*,<sup>7</sup> porque está sempre destinada a fazer-se prática, a orientar a jurisprudência; é-lhe proibido — sob pena de perder sua essência — renunciar à sua responsabilidade política na dialética permanente de todo Estado de direito histórico.

Referir-se a um *direito penal garantista* em um Estado de direito é uma *redundância grosseira*, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de *garantias*, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é *partidário das garantias*, isto é, *garantista*.

O direito penal de garantias é *inerente ao Estado de direito* porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, *são o próprio Estado de direito*. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito,<sup>8</sup> isto é, se erigiria em *ramificação cancerosa do direito do Estado de direito*.

Numa perspectiva dinâmica, o direito penal do Estado de direito não pode cometer a ingenuidade de ceder um espaço e menos ainda o seu instrumento orientador ao Estado de polícia, confiando em que este se mantenha nesse âmbito acordado e compartimentalizado. O Estado de polícia aceitaria isso com prazer, faria todo o possível para dar a entender que se trata de uma trégua ou mesmo de um

<sup>7</sup> Cf. M. F. C. de Saviny, *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid, 1878, I, p. 6.

<sup>8</sup> *Garantismo* é uma expressão dotada às vezes de um pretensão caráter pejorativo, atribuído pela propaganda vindicativa popularesca do autoritarismo *cool* dos nossos dias, porém não é um modelo de política criminal (não é correto identificá-lo com o *minimalismo*), mas antes uma redundância inventada por aqueles que combatem ao lado do Estado de polícia e, às vezes, diretamente do Estado absoluto (sobre este assunto, ver também José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana", em RECPC, <http://criminel.ugr.es/recpc>).



armistício e até juraria solenemente que se manteria dentro desses limites bem definidos. Todavia, ele assim agiria ciente de que a dinâmica dialética não pode ser detida e de que, na medida em que nenhum imponderável o impeça e o espaço concreto de poder o permita, continuaria avançando até atingir tal intensidade de despersonalização que as pessoas que o perturbam (ou aquelas que crê ser conveniente aniquilar) seriam reduzidas à sua *nuda vita*.

Desde os gregos, a filosofia sabe que os *entes ideais* existem, só que de um modo diferente do dos *entes reais*. Estes são materiais, como um cachorro, um cavalo ou uma casa; os entes ideais não, mas ninguém pode afirmar, por exemplo que o número quatro não existe. Pois bem, o Estado de direito ideal não existe na realidade, porque não é um ente real, mas é um *ente ideal* e *existe como ente ideal*. Enquanto tal, *é o instrumento orientador indispensável em nossa resistência ao Estado de polícia que está encerrado no Estado de direito histórico ou concreto*, do mesmo modo que os números são necessários para sabermos quantos cachorros, cavalos ou casas temos ou vemos.

Nesse sentido, admitir sem resistência, embora parcialmente, o conceito de *inimigo* dentro do Estado de direito significa neutralizar a bússola e perder o rumo da resistência jurídica. Semelhante legitimação implica *inutilizar o principal ente ideal em mãos do direito que lhe é indispensável para conter o Estado de polícia, que é o princípio mesmo do Estado de direito. Entregar o instrumento com o qual o direito penal deve diagnosticar os defeitos do Estado de direito histórico como ente real e orientar sua resistência ao Estado de polícia é como entregar as armas, acreditando que se chega a um armistício, quando, na realidade, trata-se de uma rendição nas piores condições*.

O erro tático da proposta estática de contenção reside no fato de que a sua sabida predileção pelo *sistêmico* leva-a a perceber como imóveis, petrificadas, sacralizadas, estruturas que estão sempre mudando. É sabido que as perspectivas *sistêmicas* da sociedade e do Estado (do poder) não conseguem explicar bem a mudança, enquanto as *conflitivistas* não são capazes de explicar completamente os elementos de permanência. É possível que da última posição se corra o risco de cair na segunda dificuldade, mas estamos seguros de que a proposta estática incorre numa deformação que provém de

sua visão *parmenídica*, sem levar em conta que, como já assinalamos, no poder *tudo flui*.

Do carro de Heráclito vê-se claramente que o Estado de polícia não concede nem nunca concedeu tréguas, que seu esforço por furar, debilitar e explodir a couraça do Estado de direito é contínuo e que, conseqüentemente, este não pode ceder nenhum espaço.<sup>9</sup>

### 3. “Êxitos” e “fracassos”

*O verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo*. Neste embate de pulsões e contrapulsões não é possível ceder terreno algum, e menos ainda imaginar com ingenuidade que o *inimigo* se conformará com um hipotético espaço compartimentado, porque este não existe, dado que os limites são porosos, alteram-se de forma permanente e não são controláveis. Além do mais, toda debilidade é uma concessão no curso de uma pugna circular.

É bem verdade que em certas ocasiões o poder jurídico de contenção se encontra muito reduzido e que seu exercício parece quase impossível, pois o Estado de polícia avança com força incontrolável. A história mostra múltiplos exemplos infelizes a esse respeito. Porém, da perspectiva da dinâmica histórica – isto é, além de lamentar as inumeráveis vítimas e a dor que todo avanço autoritário implica –, é relativa a importância de êxito imediato deste esforço jurídico na dialética entre o Estado de direito e o de polícia, porque sempre houve – e continuará havendo, ao menos por um longo tempo, imponderável da perspectiva atual – avanços e retrocessos. Quanto mais determinada for a resistência que, como poder jurídico, opusermos ao Estado de polícia (e ao seu inseparável conceito de *inimigo*), mais *pírricas* serão suas vitórias, ou seja, nossas derrotas.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Em âmbitos mais amplos da política incorreu-se com demasiada frequência em erros análogos de percepção da realidade. Hitler e Mussolini foram apoiados pelas futuras potências inimigas para conter o avanço do comunismo, na certeza de que seu poder podia ser controlado. A política externa dos Estados Unidos insiste permanentemente nos mesmos erros.

<sup>10</sup> A ideia de *derrota pírrica* encontra-se em Carlos Fuentes, *Los 68. París-Praga-México*, México, 2005, pp. 11 e ss.

Seria absurdo negar que, neste momento, existe um avanço autoritário mundial em matéria penal, que coloca os Estados de direito em crise. Porém, por esse motivo, mergulhar no pessimismo,<sup>11</sup> deixando-se levar pelo *espírito do tempo* (ou *Zeitgeist*) e aceitá-lo, é permitir que o direito penal se deteriore, degradando-se em discurso legitimador, e que se reduza seu conteúdo pensante.

Os tempos de autoritarismo não são de resignação nem de pessimismo, mas sim *de prova* para o direito penal. Não esqueçamos que nossos *próceres* não tiveram vidas tranquilas e, justamente por isso, Spee correu o risco de acabar na fogueira,<sup>12</sup> Beccaria publicou seu livro anônimo,<sup>13</sup> Pagano foi fuzilado,<sup>14</sup> Marat morreu apunhalado na banheira,<sup>15</sup> Rossi esfaqueado,<sup>16</sup> circunlocou a lenda de que Feuerbach foi morto por envenenamento<sup>17</sup> (o que não parece ser verdade), Romagnosi foi processado,<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Sobre o pessimismo de Jakobs e a censura à sua *benção ao populismo* (*populacismo*, diríamos nós) penal de Bush e Blair, ver Cornelius Prittwitz, op. cit., p. 118.

<sup>12</sup> Cf. Ronald Modras, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee and the Witchcraft Hysteria in Seventeenth-Century Germany", in *Studies in Spirituality of Jesuits*, 35/4, setembro de 2003; Italo Michele Battafarano (org.), *Friedrich von Spee, Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Trento, 1988.

<sup>13</sup> Cf. Renzo Zorzi, *Beccaria. Il dramma della giustizia*, Milão, 1996.

<sup>14</sup> Cf. "Introducción" de Sergio Moccia a Francisco Mario Pagano, *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

<sup>15</sup> Cf. Olivier Coquard, *Marat. O amigo do povo*, São Paulo, 1996.

<sup>16</sup> Cf. Jean Graven, *Pellegrino Rossi. Grand européen. Hommage pour le centième anniversaire de sa mort, 1848-1948*, Genebra, 1949.

<sup>17</sup> Cf. Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969.

<sup>18</sup> Cf. "Notizie intorno alla vita ed alle opere principali di G. D. Romagnosi", in G. D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, nova edição, Milão, 1857; Alessandro De Giorgi, "Cenni sulla vita di G. D. Romagnosi", in *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi sul diritto penale*, Milão, 1841.

Carmignani condenado ao desterro,<sup>19</sup> Mello Freire denunciado à Inquisição,<sup>20</sup> Lardizabal defenestrado e ignorado.<sup>21</sup> Nada disso foi gratuito, mas deveu-se ao fato de que nenhum deles se curvou ao *Zeitgeist*. A academia glorifica hoje a memória de muitos deles, embora esqueça injustamente outros, mas, por outro lado, não conhecemos nenhuma universidade, departamento ou instituto que leve o nome de Torquemada.

Se o Estado de polícia consegue derrubar uma barreira, deve-se construir outra, mais forte, e se derrubar muitas outras ou inclusive todas e, com isso, provocar a derrubada do Estado de direito, nem sequer em circunstância tão dramática seria lícito ao direito penal abandonar a essência do seu discurso de resistência, pois cedo ou tarde o Estado de direito renascerá.

É verdade que isso pode acontecer depois de cataclismos e o direito penal não pode por si só evitá-los. No entanto, mesmo nas condições mais negativas deve conservar sua essência programática de poder jurídico de contenção, sob pena de degradar-se à situação de servo e cúmplice de seu inimigo, e aspirar a servir de guia para o processo — até hoje felizmente inevitável — de reconstrução posterior à catástrofe. Não se deve esquecer que o *espírito da época* — o *Zeitgeist* — sempre é argumento que se ensaia *a posteriori*, como desculpa pelos erros cometidos nos momentos de decadência.<sup>22</sup> Se cada ser humano se limitasse a responder ao *espírito da época*, a sociedade perderia sua característica humana e se converteria num formigueiro ou numa colmeia.

<sup>19</sup> Filippo Ambrosoli, "Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani", in Carmignani, *Elementi di Diritto Criminale*, Milão, 1865.

<sup>20</sup> Joel Serrão, *Dicionário de História de Portugal*, Lisboa, s. d., p. 269.

<sup>21</sup> Cf. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *El primer penalista de América Española*, México, 1957; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Lardizabal, un penalista ilustrado*, Santa Fé, 1964; Manuel de Rivacoba y Rivacoba (com a colaboração de José Luis Guzmán Dalbora), *Manuel de Lardizabal o el pensamiento ilustrado en derecho penal. Estudio preliminar a Lardizabal. Discurso sobre las penas*, Vitória, 2001.

<sup>22</sup> Cf. Bernd Rüthers, op. cit., p. 57.

O argumento de que muitas pessoas já estão sendo tratadas como inimigos e que isso é verificável não nos pode levar a aceitá-lo resignadamente e menos ainda a legitimá-lo, nem mesmo parcialmente. Ao fazê-lo não nos limitamos simplesmente a constatar uma realidade,<sup>23</sup> mas estamos confundindo o *ser* com o *dever ser*, o *ente real* com o *ideal*, passamos da descrição à valoração positiva, da constatação à legitimação,<sup>24</sup> e com isso cedemos a *arma ou instrumento orientador que é o princípio do Estado de direito*.

Verificar que os Estados de direito não são ideais é positivo, porque é realista e, ademais, permite-nos diagnosticar seus defeitos e constatar qual é o grau de realização do Estado de direito ideal no momento histórico para saber como, a partir desse *ser real* e concreto, pode-se marchar na direção do *dever ser*. Porém, se prefermos deduzir, com base nessa constatação, a necessidade de legitimar seus defeitos, cairemos na impotência diante dessa comprovação. Na realidade, o que o direito penal deve fazer, depois de constatar os defeitos, é exercer ao máximo – otimizar – o poder jurídico de contenção para reduzi-los e eliminá-los.<sup>25</sup> A resistência jurídico-penal à admissão do conceito de *inimigo* no Estado de direito deve ser frontal,<sup>26</sup> embora as limitações do poder jurídico nesse momento não permitam eliminá-lo.

<sup>23</sup> “É como descrever como funciona uma cadeira elétrica, mas sem se pronunciar a favor ou contra a pena de morte” (F. Muñoz Conde, *De nuevo...*, p. 70); em sentido crítico à simples verificação, ver Daniel Pastor, *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional* (inédito).

<sup>24</sup> *O suposto caráter descritivo não está, nem pode estar, isento de elementos legitimadores* (Cf. Eduardo Demeitrio Crespo, *El “derecho penal del enemigo” darf nicht sein*, cit.; também Cornelius Prittwitz, op. cit.).

<sup>25</sup> Consta-se para resistir. Não se trata de omitir a constatação e ocultar o direito penal do inimigo dentro do direito penal do cidadão, pois concordamos com Jakobs em que isto seria desonesto (ver Jakobs, *Congreso*, Guatiquil, 2005, p. 68).

<sup>26</sup> Sobre a necessidade de apoiar o discurso de resistência, ver José Luis Díez Ripollés, em *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, cit.

#### 4. Duas palavras sobre o direito internacional penal

Acreditamos que, apesar de não fazer parte do núcleo do tema colocado, não podemos passar por cima da afirmação de que o *direito internacional penal é direito penal do inimigo e não do cidadão*.

Segundo Jakobs, como não se estabeleceu a vigência universal dos direitos humanos, em caso de violação maciça *procede-se pré-juridicamente*, ou seja, primeiro faz-se a guerra e em seguida detém-se o infrator, atribuindo-lhe o caráter de cidadão para submetê-lo a juízo, quando o autor não é cidadão da sociedade que o julga.<sup>27</sup> Nesse sentido, ele insiste em que Milosevic, do mesmo modo que Luis Capeto, não era um cidadão da sociedade que pretendia julgá-lo.<sup>28</sup>

Uma vez que os direitos humanos são maciçamente violados, Jakobs sustenta que eles não têm vigência e, por conseguinte, não se pretende com a pena a manutenção de um Estado *comunitário-legal*, mas sim o seu *estabelecimento*. Afirma, neste sentido, que se deve separar a coação que se exerce para a *criação* de uma ordem do direito daquela que se exerce para *manter* essa ordem. Não se opõe à punição, mas afirma que não se trata de uma pena, mas sim de uma ação “contra inimigos perigosos e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: direito penal do inimigo”.<sup>29</sup>

Da perspectiva internacionalista do *duplo direito*, Jakobs está parcialmente certo: se o direito internacional obriga os Estados mas não é direito interno (*duplo direito*), é certo que os direitos humanos não têm vigência nos territórios onde são violados maciçamente e o que quer que se faça contra os autores de crimes de lesa-humanidade tende a se dar nesse terreno. No entanto, ele não tem razão quanto à natureza jurídica dessa coação, pois da perspectiva do *duplo direito* não se trataria de *direito penal do inimigo*, no sentido de Jakobs, mas sim diretamente, em sentido mais estrito, como resultado de uma guerra real e formal. Em outras palavras, seria diretamente *direito de guerra*, uma guerra levada a cabo contra um Estado que viola maciçamente os direitos humanos e em que, uma vez derrotado, o inimigo vencedor

<sup>27</sup> Cf. Jakobs, em *Congreso*, Guatiquil, 2005, pp. 69-70.

<sup>28</sup> Ibidem. Reitera o exposto em Jakobs e Cancio Meliá, op. cit.

<sup>29</sup> Jakobs, em Jakobs e Cancio Meliá, p. 55.

– conforme o costume internacional, agora convertido em lei internacional em função de tratados – julga o derrotado.

O direito da guerra funciona, na perspectiva internacional, quando há guerra propriamente dita. Nessas condições, o *direito penal do inimigo* que opera no interior do Estado, para uma *guerra que não é guerra*, não serve para nada. Daí que, da perspectiva do duplo direito, uma crítica liberal severa do *direito penal do inimigo* não pressupõe o cancelamento do direito internacional penal,<sup>30</sup> mas sim a sua consideração como *direito da guerra*.

O certo, porém, é que a perspectiva do *duplo direito* não é sustentável na atual doutrina do direito internacional público e muito menos no direito internacional dos direitos humanos. Sua sustentação neste campo, nos tempos do segundo pós-guerra, respondeu a finalidades colonialistas, quando os britânicos se negavam a aplicar em seus territórios coloniais a Convenção Europeia de Direitos Humanos de Roma, de 1950.

Jakobs incorre numa contradição ao não se opor, por um lado, à punição dos agentes de crimes de lesa-humanidade e, por outro, as apoiar o duplo direito, porque esta última posição, na realidade, é sustentada pelos defensores da impunidade, que retemem a velhos argumentos do sempre coerente Schmitt. Este condenava qualquer tentativa no sentido de uma incipiente *cidadania universal*, porque no seu conceito particular do político isso significaria uma renúncia à indicação do *inimigo* e, por fim, uma renúncia à soberania – à política –, indicadora da debilidade do povo.<sup>31</sup> “Porque um povo perdeu a força e a vontade de apoiar-se na força do político”<sup>32</sup> – diz ele –, “não é por isso que o político vai desaparecer do mundo. O que desaparecerá, nesse caso, é apenas um povo débil”.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Cf. Daniel R. Pastor, “El derecho penal del inimigo en el espejo del poder punitivo internacional”, em Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez, Carlos (eds.), *El derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006 (no prelo).

<sup>31</sup> Cf. Alejandro David Aponete C., op. cit.

<sup>32</sup> Ou seja, deixou de identificar inimigos ou cedeu, no todo ou em parte, esse poder.

<sup>33</sup> *El concepto de lo político*, trad. de Rafael Agapito, Madrid, 2005, p. 82.

Além do descrédito generalizado no campo jus-humanista internacional, a tese do duplo direito incorria claramente em um contrassenso: os juízes desse Estado decidiram sempre antijuridicamente, porque se o fizessem conforme o direito internacional estariam violando o direito nacional e vice-versa.

De acordo com a tese dominante do *direito único*, não é verdade que os direitos humanos não tenham vigência no mundo. Em um sentido, os direitos humanos são um programa aberto, inconcluso, de realização, em grande medida, progressiva, um *unfinished*. O princípio do Estado de direito também é um *unfinished*, pois nenhum Estado do planeta pode provar que é um Estado de direito perfeito, mas sim que se aproxima ou se distancia de um modelo ideal. É claro, porém, que há graves violações aos direitos humanos e elas são antijurídicas para o direito internacional e são julgadas e condenadas nacional e internacionalmente, bem como há outras que ficam impunes, tal como acontece com o exercício do poder punitivo nos níveis internos. Se a seletividade fosse um argumento deslegitimador do direito internacional penal e implicasse o desaparecimento deste, o direito penal interno também teria de desaparecer da face da Terra, pois a seletividade é uma característica estrutural do poder punitivo.

O critério de Jakobs a esse respeito é igualmente *hobbesiano*,<sup>34</sup> pois parte da premissa de que sem Estado que monopolize o poder (i.e., sem *Leviatã*) não há pena, mas sim exercício de poder. Ele nega tacitamente a existência de um poder planetário incipiente, mas a verdade é que esse poder existe, estruturado com dificuldade, por mais defeituoso que seja e em que pese as crises que suporta. Ademais, é excessivamente etnocêntrico negar o caráter de pena às sanções impostas nas sociedades pré-estatais que, certamente, nunca se encontraram no estado de *bellum* que seduzia Hobbes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais das Nações Unidas (de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) são fatos jurídicos indiscutíveis e reais, por mais que sejam violados em muitos cantos do mundo. *Se a impunidade fosse suficiente para descartar a vigência*

<sup>34</sup> Cf. Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Montevideu, 2005, p. 59.

de uma lei penal, nenhuma lei penal vigoraria no planeta, dado que a imensa maioria dos delitos ficam impunes em todo o mundo.

As penas pelos delitos dos funcionários estatais que cometem essas violações maciças dos direitos humanos se impõem em razão de tipos estabelecidos nas legislações nacionais, porém os autores desses crimes são precisamente aqueles que têm o dever de impor essas penas, ou seja, são as raposas que cuidam do galinheiro. Se não houvesse uma legislação internacional que forçasse a imposição dessas penas e a reparação e que, em última instância e suplementarmente, tomasse a seu encargo a imposição das penas e da reparação, a lei internacional seria uma mera declaração de bons propósitos, uma simples solicitação para que crimes em massa não sejam mais cometidos a partir do poder.

Esta tarefa suplementar foi assumida pelos Estados através do princípio universal, que tem mais de dois séculos de vigência no costume internacional e que é expressamente reconhecido em algumas Constituições de venerável antiguidade.<sup>35</sup> Um número bastante significativo de Estados decidiu submeter esta competência supletiva ou complementar a um tribunal internacional, o que tem a vantagem de diminuir a anarquia que um uso indiscriminado e maciço do princípio universal poderia gerar.

A imprescritibilidade destes crimes de massa ou de lesa-humanidade nasceu com o costume internacional, que é fonte do direito internacional para toda a doutrina da matéria,<sup>36</sup> mas foi logo ratificada legislativamente, isto é, em tratado. Por outro lado, não pode ser de outra maneira, uma vez que se trata sempre de delitos cometidos pelo poder e seus autores se protegem com o mesmo poder que usam criminosamente. O poder punitivo só pode ser exercido sobre eles quando eles perdem esse poder, o que pode levar muito tempo.

<sup>35</sup> Por exemplo, o artigo 118 da Constituição da Nação Argentina, estabelece desde 1853 que quando o delito é cometido "fora dos limites da Nação, contra o direito das pessoas, o Congresso determinará por uma lei especial o lugar em que há de seguir-se o juízo".

<sup>36</sup> "Da perspectiva internacionalista não se pode negar a importância do costume como fonte de direito e o papel que o costume desempenhou na difícil evolução do direito penal internacional" (Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valência, 2005, pp. 41 e 104).

Da perspectiva do direito único, que é claramente a dominante na atualidade, Milosevic não era o cidadão Capeto, pois era um cidadão do mundo no mesmo sentido que todos nós estamos vinculados juridicamente a uma legislação positiva internacional que também é lei interna em cada um dos nossos Estados, cujas leis não podem ser violadas em matéria de direitos humanos. Em caso de violação, os tratados (leis internacionais) lhe impõem o dever de sancionar os responsáveis, sob pena de colocá-los sob a competência da universal ou, entre os países subscritores, sob a competência do tribunal de Roma.

Existe, pois, uma cidadania do mundo incipiente.<sup>37</sup> Se a pena serve ou não para mantê-la, essa é uma questão não muito diferente daquela colocada a respeito da pena em todo direito interno. A afirmação de que o direito interno serve para manter uma ordem jurídica também se torna dogmática quando é generalizada.

Não é possível pretender que primeiro se organize o Estado mundial e a seguir se estabeleça a jurisdição, na ordem em que pensamos nossas teorias do Estado, da perspectiva interna e da modernidade. Tampouco os Estados nacionais, como ensina a história, se formaram desse modo. A jurisdição tem origem pré-estatal, a não ser que se negue esse caráter em todas as sociedades não-estatais, o que, como já dissemos, não passa de uma manifestação de etnocentrismo.

O direito internacional penal vai se configurando para reduzir um âmbito de poder sem controle, que, por momentos, parece muito próximo ao *bellum* de Hobbes. É contraditório pretender que, justamente quando o direito penal começa a realizar um esforço de contenção da violência neste campo, seu resultado não sejam penas mas sim pura coação contra inimigos.

A ideia de que tudo deve ser regulado conforme uma certa ordem de precedência e, por conseguinte, deve existir primeiro um Estado mundial para que, a seguir, surja a jurisdição, não passa de uma aspiração de ordem geométrica de todo jurista que não se coaduna com a realidade histórica, uma vez que a precedência lógica não impõe a prioridade cronológica. A jurisdição internacional penal

<sup>37</sup> Cf. Kai Ambos, op. cit., p. 62.

surgiu porque a opção férrea no âmbito internacional se encontra sempre entre Nuremberg e Dongo: ou se abre um processo ou se cai no linchamento. Em Dongo aconteceu o último, com Mussolini e seus acompanhantes, numa ação que deu lugar a um processo que, muitos anos mais tarde, foi arquivado com a simples declaração de que se tratava de um ato de guerra.<sup>38</sup> em Nuremberg abriu-se um processo.<sup>39</sup>

É bem verdade que esse processo não satisfazia os princípios da pena legal nem do tribunal competente anteriores ao fato. De qualquer modo, em Nuremberg, diferentemente de Dongo, não se executaram as amantes nem os cunhados nem tampouco todos os acusados foram condenados, nem se impôs a pena de morte a todos os condenados. O caminho percorrido desde Nuremberg até os dias de hoje resolveu juridicamente alguns destes aspectos do processo do imediato pós-guerra, e não resta outro recurso senão seguir avançando nessa direção, pois o contrário seria retornar a Dongo.

#### **Digressão: o que fazer com o terrorismo?**

Não podemos encerrar este ensaio sem deixar de responder a uma pergunta que surgirá sempre no debate, especialmente quando se esgotam os argumentos racionais e se passa a argumentos que se pretendem *pragmáticos*, mas que na verdade são frases de efeito, esgrimidas por quem já não tem mais argumentos: o que podemos fazer com os *terroristas*?

Poderíamos responder com a chamada *lógica do quitandeiro*, que não apenas é extremamente respeitável como também impecável, e com a qual nós, penalistas, temos muito o que aprender. Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar este tipo de resposta saudável sempre que

<sup>38</sup> Gianfranco Bianchi, "Per quali ragioni fu soppresso Benito Mussolini", in Gianfranco Bianchi (org.), *Convegno su la Seconda Guerra Mondiale nella prospettiva storica a trent'anni dall'epilogo*, Como, 1977, pp. 447 e ss.

<sup>39</sup> Fica claro que o processo de Nuremberg não pode ser comparado ao do Iraque. Aí o processo foi levado a cabo por um tribunal estabelecido unilateralmente, sem as devidas garantias de defesa, por um governo imposto por uma força de ocupação, numa invasão decidida unilateralmente e com base em pretextos falsos.

nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal.

Geralmente, julgamo-nos obrigados a opinar sobre como resolvê-lo, quando, na realidade, não o sabemos. O correto seria que procedêssemos como o sábio quitandeiro: nós só sabemos decidir quando se habilita, ou não, o poder punitivo, e também sabemos que, no caso, isso não serve ou não é suficiente para resolver o conflito.

A rigor, sabemos muito poucas coisas e entre as que ignoramos está a resposta à pergunta sobre a solução do problema do terrorismo no mundo. A esse respeito, sabemos apenas o que o direito penal pode fazer e, é claro, sabemos também que isso não é o bastante e nem sequer podemos afirmar que tenha alguma eficácia. Por conseguinte, a pergunta correta — porque é a única que podemos responder — é a seguinte: *o que o direito penal pode fazer em relação aos terroristas?*

A resposta é bastante óbvia: se ninguém faz nada, o direito penal nada pode fazer; se delitos são cometidos, seus responsáveis devem ser individualizados, detidos, processados, julgados, condenados e levados a cumprir a pena. É isso que o direito penal pode fazer. Se os delitos tiverem a gravidade e as características de crimes de lesa-humanidade, deverão receber o tratamento reservado para esses delitos;<sup>40</sup> se não as tiveram, deverão ser apenados conforme os tipos que a posse de explosivos pode acarretar, i.e., o homicídio como meio capaz de provocar grandes estragos, os estragos seguidos de morte, o assalto a mão armada, o sequestro, a falsificação e o uso de documentos falsos, a ocultação qualificada, a associação ilícita etc., todos ampliados em cada caso, conforme as regras da participação, da tentativa e dos princípios que regulam o concurso material ou formal.

As penas para estes ilícitos não são benignas em nenhum código penal do mundo, e por isso supõe-se que, em caso de condenação, estão previstas penas bastante prolongadas.

É regra que, junto com cada emergência, surja uma burocracia nacional e internacional que procure mostrar eficácia para justificar sua própria existência e, como é natural, um dos seus primeiros

<sup>40</sup> Sobre este assunto, ver Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, cit., p. 78.

ros objetivos – por ser o mais simples, demonstrável e midiático – é promover reformas legislativas penais de corte inquisitorial.<sup>41</sup> É claro que estas reformas são absolutamente ineficazes para prover alguma segurança frente ao inimigo de plantão, porém elas são imediatamente aproveitadas pelas agências executivas de cada país para seus próprios objetivos setoriais (desde eliminar indesejáveis e controlar a massa de excluídos<sup>42</sup> até criar novas fontes de arrecadação ou cobrar proteção).

Infelizmente, a intervenção destas burocracias e as reformas penais por elas impulsionadas, além de provocarem um avanço do Estado de polícia ou autoritário – com o consequente debilitamento do Estado de direito –, costumam ter efeitos paradoxais, visto que criar tipos penais de *terrorismo* pode dar origem à impunidade. Antes de mais nada, porque é comum que firam o princípio de legalidade estrita, e com isso podem ser declarados inconstitucionais. Em segundo lugar, porque todos pretendem incorporar elementos subjetivos.

Parece que ninguém é capaz de se perguntar que efeito prático podem acarretar esses tipos penais com elementos subjetivos, uma vez que no tipo tradicional do homicídio qualificado, sem requisito subjetivo algum, prevê-se a pena máxima do Código Penal. Essa pena é imposta sem que seja preciso esgotar as consequências do dano, bastando para tal a morte de uma única pessoa. A mesma pena é imposta a quem o financia, porque coopera na preparação de forma necessária (com domínio do fato) e, por conseguinte, é partícipe necessário, ou então porque contrata o executor e, nesse caso, é o instigador.

Definitivamente, se em qualquer caso a pena máxima prevista na lei se impõe, o que importa se quem explode um avião em pleno voo o faz para aterrorizar, para impor suas ideias políticas ou idolátricas, para eliminar do mercado a empresa competidora ou para cobrar um seguro? Se a lei é tão clara e se sempre o foi, *não se compreende que efeito prático pode ser buscado com tipos especiais*

<sup>41</sup> Convém assinalar que o sistema inquisitorial sempre se fundamenta em sua maior eficácia repressiva: no século XIII Alberto Gandino o recomendava quando esta eficácia era necessária (Massimo Vallerani, op. cit., p. 212).

<sup>42</sup> Cf. Guillermo Portilla Contreras, op. cit., em Fernando Pérez Álvarez (org.), *Serita. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 1.401 e ss.

que não dão conta de nenhum vazio de tipicidade e que, pelo contrário, podem confundir-lo completamente e provocar impunidades.

A melhor garantia de eficácia do direito penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais.<sup>43</sup> Sua violação obscurece qualquer intervenção penal, desacredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre sua correção, com o agravante de que essas dúvidas podem facilmente descambar em impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias etc.

É um erro grosseiro acreditar que o chamado discurso das garantias é um luxo ao qual se pode renunciar nos tempos de crise, e de que se trata de uma tese conservadora,<sup>44</sup> ao contrário, devemos, por um lado, prevenir-nos contra as reformas promovidas pelas burocracias que se alimentam da emergência de plantão, apresentando-as como *pós-modernas* e, por outro, devemos tomar cuidado com esse discurso, porque nos tempos de crise é a única garantia de eficácia que pode ser pedida ao direito penal e ao poder punitivo.

Por ocasião da discussão, pelo Supremo Tribunal britânico, da constitucionalidade da lei de 2001 que admitia a detenção indefinida, sem processo, de estrangeiros suspeitos de manter vinculações com o terrorismo, lorde Hoffman pontificou em seu voto:

Naturalmente, o governo tem o dever de proteger a vida e os bens de seus cidadãos. Porém, ele está incumbido disso em todos os momentos e está obrigado a cumprí-lo sem destruir nossas liberdades constitucionais.

Mais adiante, acrescentou:

A real ameaça para a vida da Nação, no sentido de um povo que vive conforme suas leis e valores tradicionais, não provém do terrorismo, mas sim de leis como estas. Esta é a verdadeira medida que o terrorismo pode levar a cabo. O Parlamento deve decidir se confere ao terrorismo semelhante vitória.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Cf. Alejandro David Aponete C., op. cit.

<sup>44</sup> Cf. Eduardo Demetrio Crespo, op. cit. em iustel.com, *RGDP*, n° 4, novembro de 2005.

<sup>45</sup> *Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004*, parágrafos 95 e 97, em “The United Kingdom Parliament”, Publications on the Internet.

## VII.

### Algumas reflexões conclusivas

Sobrevoamos a história do poder punitivo e do direito penal e terminamos na questão de fundo da teoria política.<sup>1</sup> Podemos formular algumas reflexões, mas poucas conclusões, porque concluir implica encerrar o tema e, na realidade, o tema de fundo não tem conclusão, não pode *encerrar-se*, porque excede em muito à crítica de uma proposta isolada e remete a um *colossal problema político* que acompanha todo o direito penal dos últimos séculos, ou seja, desde que este se converteu decididamente (ou deveria ter-se convertido) no direito penal do Estado constitucional de direito.

Ao longo desses séculos, o poder punitivo e a doutrina deixaram o velho *hostis* romano sobreviver. Não se trata apenas de um dado puro de fato, mas também de direito: o direito penal sempre justificou e legitimou — com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) — o tratamento de algumas pessoas como *inimigos*. O percurso da história o demonstra claramente: o positivismo propôs que todos fossem tratados como *inimigos*, salvo os *amigos*, que eram tratados como *ocasionais*; as medidas de segurança do sistema combinatório ou binário — que substituíram a velha expatriação, a qual, por sua vez, havia substituído as *galés* — são destinadas ao tratamento dado aos *inimigos*. A criminologia tradicional ou etiológica, por sua parte, legitimou amplamente o tratamento diferencial do *inimigo* ou *estranho* (condenados ao patíbulo, indesejáveis e dissidentes) em todos os momentos.

Na América Latina todo *suspeito* é tratado como *inimigo*, apesar da legitimação do direito processual penal. Em geral, a categoria do *inimigo* não é expressamente introduzida ou não são feitas referências claras a ela no direito ordinário, visto que ao menos intui-se sua incompatibilidade com o princípio do Estado

<sup>1</sup> Ver supra, capítulos II, III e IV, respectivamente.



de direito. Porém, com má consciência, legitima-se ou ignora-se o tratamento que, naquelas condições, é atribuído a um número enorme de pessoas.

Diante da constatação acima, a discussão atual em torno do direito penal do *inimigo* não se pode limitar à recusa de uma proposta de legitimação parcial nem à demonstração de que se trata de um caminho errado de contenção deste. Na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore, com o nome que for, o tratamento diferenciado dos *inimigos* ou *estranhos*, esse comportamento está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invalidando o princípio diretor do Estado de direito, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal. Não é de se estranhar, portanto, que tantas vezes o direito penal tenha perdido o rumo.

*A proposta estática de contenção* teve o mérito de colocar em relevo, em umas poucas páginas e nunca como antes, a verdadeira natureza de qualquer incorporação do *hostis* ao direito do Estado de direito e, ao tornar sua discussão obrigatória, evidenciou, de maneira impossível de ser dissimulada, a contradição permanente da doutrina penal com o Estado de direito.

Qualquer legitimação do direito penal do *inimigo* tem o mesmo efeito, com a diferença de que o âmbito de legitimação que a doutrina jurídico-penal abarcou é, em determinadas ocasiões, muito maior do que o proposto a partir da visão estática. Este é o verdadeiro escândalo: a enorme medida em que, por ação ou omissão, o direito penal admite e legitima o *tratamento de uma pessoa como não pessoa*, ou seja, considerada como um ente puro ou *coisa perigosa*, sem importar *conceitualmente* (é claro que importa quanto às consequências pessoais) a extensão dos direitos de que a pessoa é privada por causa disso.

Por conseguinte, é preciso sublinhar que o *escândalo constituiu a contradição quase constante entre a doutrina jurídico-penal e o princípio do Estado de direito*.

Como princípio ideal, o princípio do Estado de direito não admite a legitimação de nenhuma exceção, pois esta significa a sua neutralização como instrumento orientador da função do di-

reito penal na dialética que opera no interior de todo Estado de direito real ou histórico com o Estado de polícia.

Os defeitos dos Estados de direito reais ou históricos surgem por comparação com o princípio ou ideal e o direito penal deve tentar a sua superação aproximando-se deste modelo. A presença do *hostis* nunca pode ser legitimada sem que se abra mão do princípio do Estado de direito; em outras palavras, caso se pretenda manter esse princípio, deve-se, necessariamente, rechaçar a presença do *hostis*. O Estado de polícia, por sua vez, não poupará esforço algum para estabelecer a e restabelecê-la; o direito penal do Estado de direito não tem alternativa senão lutar para suprimi-la.

O direito penal permitiu a introdução do *inimigo* — com o nome que for — e, com isso, confundiu, ao longo de quase toda a sua história, o momento da guerra com o da política. Poucos foram os que, como Feuerbach, se aperceberam do erro; entre eles encontram-se, sobretudo, os pais fundadores do direito penal liberal, cuja percepção deu-se, às vezes, de forma mais intuitiva do que racional.

O direito penal cultivou as sementes do Estado absoluto. Quando se sempre os que quiseram conter o poder punitivo parcialmente também o habilitaram como direito penal do inimigo. No debate atual não é possível escapar da contradição que isso coloca: ou se legitima o *hostis* no direito ordinário do Estado de direito e, assim, renuncia-se ao modelo que o orienta e se abandona o Estado de direito, ou então rechaça-se o *hostis* e se mantém o Estado de direito ideal como princípio orientador, otimizando os esforços do poder jurídico na programação da doutrina para eliminar a presença do *hostis*, em qualquer de suas manifestações.

O senso comum mais elementar indica que a *limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre estes mesmos cidadãos não pode ser eficaz*. A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo *cool* no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas. O poder seletivo está sempre nas mãos de

agências que o empregam segundo interesses conjunturais e o usam também com outros objetivos.

Conseqüentemente, o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos *cidadãos* podem ser diminuídos para individualizar os *inimigos*, ou seja, passa-se a se discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. Esta seria a forma concreta e real de formular a pergunta, tendo em conta o deslocamento que inevitavelmente se opera no poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. *Penal y Estado*, nº 1. Barcelona, 1991.
- AA. VV. *Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina*. Caracas, 5 a 7 de agosto de 1974.
- AA. VV. *Friedrich von Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse, herausgegeben von Italo Michele Battafarano*. Trento, 1988.
- AA. VV. *La derecha argentina. Nacionalistas, neoliberales, militares y clericales*. Buenos Aires, Javier Vergara, 2001.
- ABBAGNANO, Nicola. *Historia de la filosofía*. Barcelona, 1973.
- ABBIATI-AGNOLETTI-LAZZATI. *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*. Milão, 2003.
- ACADEMIA LENIN. *Informe del Académico T. D. Lisenko acerca de la situación de las ciencias biológicas*, in "La situación en las ciencias biológicas. Actas taquigráficas de la Sesión de la Academia Lenin de Ciencias Agrícolas de la URSS, 31 de julio-7 de agosto de 1948". Buenos Aires, 1949
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Turim, 1995.
- ALBANESE, Luciano. *Schmitt*. Laterza, 1996.
- ALBERDI, Juan Bautista. *Escritos póstumos. Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas*. Buenos Aires, 1899.
- ALESSI, Georgia. *Il processo penale. Profilo storico*. Laterza, 2005.
- ALLEGRA, Giuliano. *Dell'habituallità criminosa*, Milão, 1928.
- ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*. São Paulo, 2003.
- AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional*. Montevideo, 2005.

agências que o empregam segundo interesses conjunturais e o usam também com outros objetivos.

Consequentemente, o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos *cidadãos* podem ser diminuídos para individualizar os *inimigos*, ou seja, passa-se a se discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. Esta seria a forma concreta e real de formular a pergunta, tendo em conta o deslocamento que inevitavelmente se opera no poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. *Penya y Estado*, nº 1. Barcelona, 1991.
- AA. VV. *Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina*. Caracas, 5 a 7 de agosto de 1974.
- AA. VV. *Friedrich von Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse, herausgegeben von Italo Michele Battifarrano*. Trento, 1988.
- AA. VV. *La derecha argentina. Nacionalistas, neoliberales, militares y clericales*. Buenos Aires, Javier Vergara, 2001.
- ABBAGNANO, Nicola. *Historia de la filosofía*. Barcelona, 1973.
- ABBIATI-AGNOLETTO-LAZZATI. *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*. Milão, 2003.
- ACADEMIA LENIN. *Informe del Académico T. D. Lisenko acerca de la situación de las ciencias biológicas*, in "La situación en las ciencias biológicas. Actas taquigráficas de la Sesión de la Academia Lenin de Ciencias Agrícolas de la URSS, 31 de julio-7 de agosto de 1948". Buenos Aires, 1949
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Turim, 1995.
- ALBANESE, Luciano. *Schmitt*. Laterza, 1996.
- ALBERDI, Juan Bautista. *Escritos póstumos. Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas*. Buenos Aires, 1899.
- ALESSI, Georgia. *Il processo penale. Profilo storico*. Laterza, 2005.
- ALLEGRA, Giuliano. *Dell'habituallità criminosa*, Milão, 1928.
- ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*. São Paulo, 2003.
- AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional*. Montevideo, 2005.

\_\_\_\_\_. *La construcción de una parte general del derecho penal internacional*, in "Revista Penal La Ley". Madrid, 17 de janeiro de 2006.

AMBROSOLI, Filippo. "Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani", in Carmignani, *Elementi di Diritto Criminale*. Milão, 1865.

AMOROSO, Bruno. *L'apartheid globale. Globalizzazione. Marginalizzazione economica. Destabilizzazione politica*. Roma, 1999.

ANDRADE, Benito Mario. *Estudio de antropología criminal espiritualista*. Madrid, 1899.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo", em *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*. Cali, 1985.

APDH. *La desaparición. Crimen contra la humanidad*. Buenos Aires, 1987.

APONTE, Alejandro David. "Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia", em *Documentos ocasionales*. CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.

\_\_\_\_\_. *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*. Nomos Verlag, 2004.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano*. Bogotá, 2005.

APPLETON'S. *New English-Spanish Dictionary*. Nova Iorque, 1916.

ARENAL, Concepción. *Estudios Penitenciarios*. Madrid, 1877.

ARENDT, Hannah. *O sistema totalitário*. Lisboa, 1978.

ARGUEDAS, Alcides. *Pueblo enfermo* (1909; reed. La Paz, 1936).

ARON, Raymond. *Clausewitz*. Bolonha, 1991.

ASSEUER, Thomas e SAKOWICZ, Hans. *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*. Munique, 1992.

AYARRAGARAY, Lucas. "La mestización de las razas en América y sus consecuencias degenerativas", em *Revista de Filosofía*. Buenos Aires, s/d.

BADIE, Francois Pierre. "La guerra psicológica", em *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, 1958, 331, 10/12, p. 665 e ss.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Buenos Aires, 2004.

BARBAROUX, C. O. *De la transportation*. Paris, 1857.

BARBERO SANTOS, Marino. *Pena de muerte (El caso de un mito)*. Buenos Aires, 1985.

BARIDON, Laurent e GUÉDRON, Martial. *Corps et art. Physiologies et physiologies dans les arts visuels*. Paris, 1999.

BARTOLOMEI, Maria Luisa. *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983*. Lund, 1994.

BASSIOUNI M. Cherif e VETTERE, Eduardo. *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*. Nova Iorque, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro, 1999.

\_\_\_\_\_. *En busca de la política*. México, 1999.

BAYARDO BENGOA, Fernando. *Los Derechos del Hombre y la defensa de la Nación*. Montevideo, 1979.

BECK, Ulrich. *Che cosa è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*. Roma, 1999.

BEDAU, Hugo Adam (org.). *The death penalty in America. Current controversies*. Nova Iorque, 1997.

BELING, Ernst von. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1941.

BEMBO, Max. *La mala vida en Barcelona*. Barcelona, 1912.

BENDERSKY, Joseph W. *Carl Schmitt teorico del Reich*. Bolonha, 1989.

BERDIAEV, Nikolay. *Autobiografía espiritual*. Barcelona, 1957.

BERGALLI, Roberto e RIVEIRA BEIRAS, Yanqui (comp.). *Política Criminal de la guerra*. Barcelona, 2005

BERISTAIN, Antonio. *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Valência, 1994.

- BERNALDO DE QUIRÓS, Constanco. *La mala vida en Madrid. Estudio psicosociológico con dibujos y fotografías al natural*. Madrid, 1901 (reed. Madrid, 1998).
- BERSTOW, Anne Lewellyn. *La casa de brujas en Europa*. Girona, Tikal Ediciones, s.d.
- BETTELHEIM-PROHNING-STREIBEL (org.). *Antisemitismus in Osteuropa. Aspekte einer historischen Kontinuität*. Viena, 1992.
- BETTIOL, Giuseppe. *Scritti Giuridici*. Pádua 1966.
- \_\_\_\_\_. *Scritti Giuridici 1966-1980*. Pádua, 1980.
- BIANCHI, Gianfranco. "Per quali ragioni fu soppresso Benito Mussolini", em BIANCHI, Gianfranco (org.). *Convengo su la seconda Guerra Mondiale nella prospettiva storica a trent'anni dall' epilogo*. Como, 1977.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, 1995.
- BINDING, K. e HOCHÉ, A. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig, 1920.
- BINSWANGER, Ludwig. *Tres formas de la existencia frustrada*. Buenos Aires, 1972.
- BIRRIEL, Bibiana e SUEIRO, Carlos Christian. "El terrorismo y sus dos discursos: del derecho penal del enemigo al autor por convicción", em XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Guayaquil, 2005.
- BISHOP, Norman Bishop. *Non-custodial alternatives in Europe*. Helsinki, 1988.
- BLACKSTONE, W. *Commentaries sur les lois anglaises*. Paris, 1823.
- BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco. *El primer penalista de América Española*. México, 1957.
- BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid, 1980.
- BOAS, Franz. *Cuestiones fundamentales de antropología cultural*. Buenos Aires, 1965.
- BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Turim, 1995.
- BODIN, J. *De la demonomanie des sorciers. De l'inquisition des sorciers*. Paris, chez Jacques du Puys, Libraire Juré, 1587.
- BODINO, Juan. *Los seis libros de la República, traducidos de lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992.
- BONNARD, Roger. *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-socialista*. Barcelona, 1950.
- BORON, Atilio A. e GONZÁLEZ, Sabrina. "¿Al rescate del enemigo?", en A. A. Boron (comp.). *Filosofía política contemporánea*. Buenos Aires, 2002.
- BORRILLO, Daniel. *L'homophobia*. Paris, 2000.
- BOSOERT, Fabián. *Generates y embajadores. Una historia de las diplomacias paralelas en la Argentina*. Buenos Aires, 2005.
- BOURDET-PLÉVILLE, Michel. *Galeotes, forzados y penados*. Barcelona, 1963.
- BOURGIN, Georges. *La comuna*. Buenos Aires, 1962.
- BRÉHIER, Émile. *Historia de la filosofía*. Buenos Aires, 1956.
- BROWN, Norman O. *La vita contro la morte. Il significato psicoanalitico della storia*. Bompiani, 1986.
- BRUNDAGE, James A. *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*. México, 2000.
- BRUNET, René. *La Constitution Allemande du 11 août 1919*. Paris, 1921.
- BUENOS ARÚS, Francisco. "La XI reunión plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica", em *Documentación Jurídica*, 14, abril-junio de 1977.
- BUNGE, Carlos Octavio. *Nuestra América. Ensayo de psicología social*. Buenos Aires, 1903.
- BURGIO, Alberto. *La guerra delle razze*. Roma, 2001.
- BURLEIGH, Michael e WIPPERMANN, Wolfgang. *Lo Stato razziale. Germania 1933-1945*. Rizzoli, 1992.
- BYINGTON, Carlos Amadeu B. Prefácio à edição brasileira do *Malleus Maleficarum*. Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991.

- CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá, 1995.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)", en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005.
- CANCLINI, Amoldo. *Ushuaia 1884-1984. Cien años de una ciudad Argentina*. Prefectura de Ushuaia, 1984.
- CARDINI, Franco (com.) a Bernard Gui. *Manuale dell'inquisitore*. Milão, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Magia, brujería y superstición en el Occidente medieval*. Barcelona, 1999.
- CARLYLE, Thomas. *On heroes, hero-worship and the heroic in history*. Nova Iorque, 1931; trad. francesa: *Les héros le culte des héros et l'héroïque dans l'histoire*. Paris, 1914; trad. española. Madrid, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Valparaíso, 1979.
- CARO BAROJA, Julio. *Las brujas y su mundo*. Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Vidas mágicas e inquisición*. Madrid, 1992.
- CARRANZA, MORA, HOJED e ZAFFARONI. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, 1983.
- CARRANZA, Arturo B. *Digesto Constitucional Americano*. Buenos Aires, 1910.
- CASADEVALL, Domingo C. *El tema de la mala vida en el teatro nacional*. Buenos Aires, 1957.
- CATTANEO, Mario A. *Anselm Feuerbach, filósofo e giurista liberale*. Milão, 1970.
- CAVALLERO, Ricardo Juan. *Justicia inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición Española*. Buenos Aires, 2003.
- CAYUELAS, Ramón e ORTS MONTOYA, Antonia. *La guerre d'Algérie (1954-1962)*. San Vicente (Alicante), 2005.
- CELS. *El Estado frente a la protesta social 1996-2002*. Buenos Aires, 2003.
- CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Córdoba, 2004.
- CHAMBERLAIN, Houston Stewart. *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*. München, 1906.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal. Embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre, 2004.
- CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry. Towards Gulgugs, western style*. Londres, 1993.
- CICR. *Seminario Internacional La Habana. Derecho Internacional Humanitario*. Guatemala, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Madrid, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales*. Ginebra, 1983.
- COHN, Norman. *Los demonios familiares de Europa*. Madrid, 1980.
- \_\_\_\_\_. *El mito de la conspiración judía mundial. Los Protocolos de los Sabios de Sión*. Madrid, 1983.
- COLE, G.D.H. *Introducción a la historia económica*. México, 1963.
- COMBLIN, Joseph. *Le pouvoir militaire en Amérique Latine*. Paris, 1977 (trad: *Dos ensayos sobre seguridad nacional*. Santiago de Chile, 1979).
- CONDARCO MORALES, Ramiro. *Zárate, el temible Wilka. Historia de la rebelión indígena de 1899*. La Paz, 1965.
- COPLESTON, Frederick. *Historia de la filosofía*. Barcelona, 1983.
- COQUARD, Oliver. *Marat. O amigo do povo*. São Paulo, 1996.
- COROMINAS, J. *Diccionario crítico etimológico*. Madrid, 1976.
- CORTESE, Antonio. *Historia económica social y general*. Buenos Aires, 1966.
- CORRE, A. *Le crime en pays créoles (Esquisse d'ethnographie criminelle)*. Paris, 1889.
- COUSTÉ, Alberto. *Biografía do diabo. O diabo como a sombra de Deus na história*. Rio de Janeiro, 1997.
- DAHNI, Felix. *Rechtsphilosophische Studien*. Berlin, 1883.

- DALCKE, *Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*. Berlin, 1938.
- DARESTE, F. R. *Les constitutions modernes*. Paris, 1891.
- DAVIS, David Brion. *O problema de escravidão na cultura ocidental*. Rio de Janeiro, 2001.
- DE CAUZONS, Th. *La magie et la sorcellerie en France*. Paris, s/d.
- DE GIORGI, Alessandro. "Cenni sulla vita di G. D. Romagnosi", em *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi sul diritto penale*. Milão, 1841.
- DELLA PORTA, Giovanni Battista. *Della fisionomia dell'uomo. Con illustrazioni dell'edizione del 1610*. Parma, 1988.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*, em RDCP, n° 14, 2004.
- \_\_\_\_\_. "El 'derecho penal del enemigo' darf nicht sein. Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad", em *iustel.com, RGDP*, n° 4, noviembre de 2005.
- D'ESNON, Henri Grand. *Guerra subversiva*, em *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, 1960, 338, 7/9, p. 339 e ss.
- DIC, Daniel. *Volti della degenerazione, una sindrome europea 1848-1918*. Florença, 1999.
- DIETERICH, Heinz. *Identidad nacional y globalización*. México D.F., 2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El nuevo modelo de seguridad ciudadana", em *RECPC*, <http://criminel.ugr.es/recpc>.
- DO COUTO E SILVA, Golbery. *Planejamento estratégico*. Brasília, 1981.
- DOMÍNGUEZ, Carlos Horacio. *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica antissubversiva*. Buenos Aires, 1980.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. *A Justiça penal hoje*. São Paulo, 1938.
- DOTTI, Jorge e PINTO, Julio (comps.). *Carl Schmitt. Su época y su pensamiento*. Buenos Aires, 2002.

- DUBOYS, Albert. *Histoire du Droit Criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*. Paris, 1845.
- \_\_\_\_\_. *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*. Paris, 1845.
- DUJOVNE, León. *Spinoza. Su vida - Su época - Su obra - Su influencia*. T. IV, *La influencia de Baruj Spinoza*. Buenos Aires, 1945.
- DURÁ, Francisco. *Naturalización y expulsión de extranjeros*. Buenos Aires, 1911.
- DURKHEIM, Emile. *Le suicide*. Paris, 1897.
- DUVIOLS, Pierre. *La destrucción de las religiones antiguas durante la conquista y la colonia*. México, 1977.
- ECO, Umberto. *Apocalittici e integrati. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*. Bompiani, 1995.
- ELLMANN, Richard. *Oscar Wilde*. Nova Iorque, 1987.
- ESER-Albin, em ESER, HASSEMER e BURKHART. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (Francisco Muñoz Conde, coord.). Valência, 2004.
- ESPINOSA, Baruch de. *Ética demostrada según el orden geométrico*. Edição de Vidal Peña. Madri, 1980.
- EVOLA, Julius. *Il mito del sangue*. Pádua, reed. 1978.
- \_\_\_\_\_. *Sintesi della dottrina della razza*. Pádua, reed. 1978.
- FACULTAD de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Penal. *El Código Penal Tipo para Latinoamérica, Actas de la 1ª y 2ª reuniones plenarias, ponencias y diversos artículos aprobados*. Rosario, 1969.
- FAYT, Carlos S. *Historia del pensamiento político*. Buenos Aires, 2004.
- FALK, Richard. *La globalización depredadora. Una crítica*. Madri, 2002.
- FANON, Franz. *Los condenados de la tierra*. México, 1965.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, 1994.
- FERNÁNDEZ, Ramón. *Barrés*. Paris, 1943.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, 1989.

- FERREYRA, Raúl Gustavo. *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*. Buenos Aires, 2003.
- FERRERO, Ernesto. *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*. Milão, 1973.
- FERRO, Marc (dir.) *El libro negro del colonialismo. Siglos XVI a XXI: del exterminio al arrepentimiento*. Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La colonización. Una historia global*. México, 2000.
- FEST, Joachim C. *Hitler. Il Führer e il nazismo*. Rizzoli, 1991.
- FEUERBACH, Johann Paul Anselm. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Erfurt, 1798.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*. Paris, PUF, 1998.
- FISKE, John. *Ideas políticas americanas consideradas del punto de vista de la historia universal. Tres conferencias dadas en la Institución Real de la Gran Bretaña*. Buenos Aires, 1902.
- FLETCHER, George P. "¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo, em *Revista Penal*, La Ley, n° 16, Madrid, julho de 2005.
- FORSTHOFF. *Der totale Staat*. Hamburgo, 1933.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, 1980.
- FRANCO, José Luciano. *Comercio clandestino de esclavos*. Havana, 1985.
- FREELAND, Alejandro. "¿Derecho penal del enemigo?", em *El Derecho*, D. Penal, 2003.
- FRÉGIER, H. A. *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*. Bruxelles, 1840.
- FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris, 1996.
- FUENTES, Carlos. *Los 68. Paris-Praga-México*. México, 2005.
- FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. Rio de Janeiro, 1998.
- GARGARELLA, Roberto. *El derecho de protesta. El primer derecho*. Buenos Aires, 2005.
- GARIBAY K, Angel M. e PORTILLA, Miguel León. *La visión de los vencidos*. México, 1961.
- GAROFALO, R. *Criminología*, 2ª ed. italiana. Turim, 1891 (*La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid, s/d.).
- GENTILE, Emilio. *Le origine dell'ideologia fascista (1918-1925)*. Bologna, 1996.
- GEORGIA, Furman v., en AA. VV. *The death penalty in America. Current controversies* (Hugo Adam Bedau, org.). Nova Iorque, 1997.
- GERBI, Antonello. *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900*. México, 1982.
- \_\_\_\_\_. *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*. México, 1978.
- GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Bolonha, 1994.
- GINNEKEN, Jaap van. *Folla, psicología e política*. Roma, 1989.
- GINZBERG, Eli e EICHNER, Alfred S. *El negro y la democracia norteamericana*. México, 1968.
- GIRARDIN, Émile de. *Du droit de punir*. Paris, 1871.
- GLUCKSMANN, André. *Los maestros pensadores*. Barcelona, 1978.
- \_\_\_\_\_. *La estupidez: ideologías del postmodernismo*. Barcelona, 1994.
- GOBINEAU, Arthur de. *Essai sur l'inégalité des races humaines*. Paris, 1967; trad. it.: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*. Rizzoli, 1997.
- GÓMEZ, Eusebio. *La mala vida en Buenos Aires*. Buenos Aires, 1908 (com prólogo de José Ingenieros).
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (coord.). *América Latina. Historia de medio siglo*. México, 1986.

- FERREYRA, Raúl Gustavo. *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*. Buenos Aires, 2003.
- FERRERO, Ernesto. *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*. Milão, 1973.
- FERRO, Marc (dir.) *El libro negro del colonialismo. Siglos XVI a XXI: del exterminio al arrepentimiento*. Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La colonización. Una historia global*. México, 2000.
- FEST, Joachim C. *Hitler. Il Führer e il nazismo*. Rizzoli, 1991.
- FEUERBACH, Johann Paul Anselm. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Erfurt, 1798.
- FICHTE, Johann Gottlieb. *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*. Paris, PUF, 1998.
- FISKE, John. *Ideas políticas americanas consideradas del punto de vista de la historia universal. Tres conferencias dadas en la Institución Real de la Gran Bretaña*. Buenos Aires, 1902.
- FLETCHER, George P. "¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo, em *Revista Penal*, La Ley, n° 16, Madrid, julho de 2005.
- FORSTHOFF. *Der totale Staat*. Hamburgo, 1933.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, 1980.
- FRANCO, José Luciano. *Comercio clandestino de esclavos*. Havana, 1985.
- FREELAND, Alejandro. "¿Derecho penal del enemigo?", em *El Derecho*, D. Penal, 2003.
- FRÉGIER, H. A. *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*. Bruxelles, 1840.
- FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris, 1996.



\_\_\_\_\_. *Filosofía del derecho*. México, 1985.

HEIDEGGER, Martín. *Ormai solo un Dio ci può salvare. Intervista con lo Spiegel*. Parma, 1987.

HERREN, Rudiger. *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*. Stuttgart, 1973.

HERRERA, Julio. *Anarquismo y defensa social*. Buenos Aires, 1917.

HERRMANN, Joachim e MARTY, Dick. "Vers l'abolition de la peine de mort aux États-Unis?", em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*. Bruxelas, 1973.

HIRSCH, Hans Joachim. "Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip", em *Fest. F. Lüderssen*. Baden-Baden, 2002.

HIRST, John. "The Australian Experience: The Convict Colony", em Norval Morris e David J. Rothman (ed.). *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford, 1995.

HITLER, Adolf. *Mein Kampf*. Santiago do Chile, 1939.

HOBBS, Thomas. *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madri, 2000.

\_\_\_\_\_. *Leviathan*. edição e introdução de C. B. Macpherson. Londres, 1985 (trad. espanhola, México, 1998).

HOBBSAWM, Eric J. *Intervista sul nuovo secolo a cura di Antonio Polito*. Laterza, 2000.

HOEGEL, Hugo. *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung einer Erleuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*. Viena, 1904.

HOLMES, Stephen. *The Anatomy of Antiliberalism*. Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1993.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e resistência em uma cidade do século XIX*. Rio de Janeiro, 1997.

HUGHES, Robert. *La costafatídica*. Barcelona, 1989.

HURTADO POZO, José. *La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima, 1979.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro, 1997.

GONZALEZ VIDAUURI, Alicia; GORENC, Klaus Dieter e SANCHEZ SANDOVAL, Augusto. *Control social en México D.F.* México, 1998.

GORLIER, C. *Historia de los negros en los Estados Unidos*. Madri, 1968.

GORRITI ELLENBOGEN, Gustavo. *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*. Lima, 1991.

GRACIA MARTÍN, Luis. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'", em *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminnet.ugr.es/redpc> 7-2-2005.

\_\_\_\_\_. "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del 'derecho penal del enemigo'", em <http://criminnet.ugr.es/redpc>, 2005.

GRAHAM, Richard. *Escravidão, reforma e imperialismo*. São Paulo, 1970.

GRAVEN, Jean. *Pellegrino Rossi. Grand européen. Hommage pour le centième anniversaire de sa mort - 1848-1948*. Genebra, 1949.

GRISOLIA, Francisco (dir.). *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General*. Santiago de Chile, 1973.

GRISPIGNI, Filippo e MEZGER, Edmondo. *La riforma penale nazionalsocialista*. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1942.

GUY PETIT, Jacques. *Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875*. Paris, 1990.

HAFCKE, Bernhard. *Drogenstrafrecht*, em ZStW, 107, 1995.

HARRINGTON, Christian. "Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos", em BERGALLI, Roberto e RIVEIRA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal de la guerra*. Barcelona, 2005.

HASSEMER, W. e MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología*. Valência, 2002.

HAUSER, Arnold. *Historia social de la literatura y el arte*. Madri, 1971.

HEGEL, G. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madri, 1980.

- IHDE, Wilhelm. *Wegscheide 1789. Darstellung und Deutung eines Kreuzweges der europäischen Geschichte*. Leipzig-Berlin, 1941.
- IHERING, Rudolph von. *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*. Paris, 1877.
- INIKORI, Joseph E. *La trata negra del siglo XV al XIX*. Barcelona, 1981.
- International Commission of Jurists. *States of Emergency. Their Impact on Human Rights*. 1983.
- ISRAEL, Giorgio e NASTASI, Pietro. *Scienza e razza nell'Italia fascista*. Il Mulino, 1998.
- JAKOBS, Günter. "Criminalización en el Estado previo a la lesión de un bien jurídico", em *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, 1997, reproduzido em *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*. México, 2002.
- \_\_\_\_\_. "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", em *HRRS*, março de 2004. Trad. espanhola em Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas. Madrid, 2003.
- \_\_\_\_\_. "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", em Eser, Hassemer e Burkhardt. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (F. Muñoz Conde, coord.). València, 2004.
- \_\_\_\_\_. "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente", em *Revista Peruana de Ciencias Penales*, ano VII-VIII edição especial n° 12.
- \_\_\_\_\_. "Terroristen als Personen im Recht?" em *ZStW*, 2005.
- \_\_\_\_\_. "La pena estatal: significado y finalidad", em *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Guayaquil, 2005.
- \_\_\_\_\_. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", em *Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados*. México, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. Berlin, 1983.
- JAULIN, Robert. *El etnocidio a través de las Américas*. México, 1976.
- KALMTHOUT, Anton M. van e TAK Peter J. P. *Sanctions-Systems in the member-States of the Council of Europe*, 1988.

- KAMEN, Henry. *La inquisición española. Una revisión histórica*. Barcelona, 1999.
- KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*, em *Werkausgabe, herausgegeben von W. Weischedel*, T. XI. Frankfurt, 1977.
- \_\_\_\_\_. *La paz perpetua. Ensayo filosófico*. Madrid-Barcelona, 1919.
- KAUFMANN Matthias. *¿Derecho sin reglas?*. Barcelona, 1989
- KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid, 1995.
- KENNEDY, Stetson. *Introduction à l'Amérique raciste*. Paris, 1955.
- KERSHAW, Ian. *Hitler 1889-1936*. Madrid, 2000.
- KIPPER, Eberhard. *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*. Darmstadt, 1969.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia política*. Granada, 2001.
- KLEE, Karl. "Das Problem der Sicherungsstrafe", em *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 27, 1934-1935.
- KNIGHT, Alan. *La Revolución Mexicana*. México, 1996.
- KOHLRAUSCH, Ed. "Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand", em *ZStW*, 44 (1924).
- KOSOVSKI, Ester (org.). *Vitimologia. Enfoque interdisciplinar*. Rio de Janeiro, 1994.
- KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor e MAYR, Eduardo. *Vitimologia em debate*. Rio de Janeiro, 1990.
- KOVALEVSKY, Paul. *La Psychologie criminelle*. Paris, 1903.
- KRÄMER, H. e SPRENGER, J. *Il martello delle streghe*. Marsilio Ed. Veneza, 1995 (*El martillo de las brujas para golpear a las brujas con poderosa masa*. Valladolid, 2004).
- KROPOTKINE, Pedro. *Las prisiones*. Buenos Aires, s/d. (1900 circa).
- LAFERRIÈRE, M. E. *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*. Paris, 1869.
- LA TORRE, Elena (com a colaboração de Dídac El Rabaque). "La cárcel de Abu-Ghraib", em *Panóptico*. Barcelona, n° 7, 2005.

- LAQUEUR, Walter. *La Repubblica di Weimar, 1918-1933: I mali oscuri della democrazia europea*. Milão, 1996.
- LASCANO, Carlos Julio. "La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en un 'derecho penal para enemigos' (como manifestación de un nuevo derecho penal autoritario)", en *Pensamiento Penal del Sur*. Buenos Aires, 1, 2004.
- LAVATER, Johann Caspar e LICHTENBERG, Georg Christoph. *Lospechchio dell'anima. Pro e contro la fisiognomica. Un dibattito settecentesco*. Editado por Giovanni Gurisatti. Pádua, 1991.
- LAZARE, Bernard. *El antisemitismo. Su historia y sus causas*. Buenos Aires, 1974.
- LE BON, Gustave. *La psicología política y la defensa social*. Madrid, 1912.
- \_\_\_\_\_. *Psicología das multidões*. Rio de Janeiro, 1954.
- LEBRAS-CHOPARD, Armelle. *El zoo de los filósofos. De la bestialización a la exclusión*. Taurus, Madrid, 2003.
- LECHAMPS, Hubert. *Storia della tratta dei negri*. Arnoldo Mondadori, 1971.
- LEVACK, Brian P. *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*. Roma, 1999.
- LINK, Arthur S. *Woodrow Wilson*. São Paulo, 1963.
- LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso, 1984.
- LOCKE, John. *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*. Barcelona, 1996.
- LOMBROSO, Cesare. *Gli anarchici*. Turim, 1894.
- \_\_\_\_\_. *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*. Turim, 1894.
- \_\_\_\_\_. *L'uomo delincente in rapporto all' antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie. Delinquente nato e pazzo morale*. 3ª. ed.. Turim, 1884.
- LOMBROSO, Cesare e FERRERO, Guglielmo. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Turim, 1915.
- LOMBROSO e LASCHI. *Le crime politique et les révolutions*. Paris, 1892.
- LOPEZAUFRAHC, Alcides. "Guerra revolucionaria en Argelia", em *Revisita del la Escuela Superior de Guerra*, 1959, 335, 10/12, p. 611 e ss.
- LÓPEZ PRESA, José Octavio (coord.). *Corrupción y cambio*. México, 1998.
- LLORENTE, Juan Antonio. *Memoria histórica sobre qual ha sido la opinión nacional acerca del Tribunal de la Inquisición, leída en la Real Academia de la Historia*. Madri, Imprenta Real, 1812 (ed. facsímile. Valladolid, 2002)
- LLUMÁ, Diego. "La influencia francesa en los militares argentinos. Los maestros de la tortura", em *Todo es historia*. Buenos Aires, setembro de 2002.
- LUKÁCS, Georg. *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*. México, 1983.
- MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade de risco e direito penal*. São Paulo, 2005.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1951.
- MARÍN FRAGA, Facundo J. "Derecho penal del enemigo", em *eldial.com/edición/cordoba/penal/indice/doctrina*, janeiro, 2006.
- MARTIN, Hans-Peter e SCHUMANN, Harold. *A armadilha da globalização. O assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo, 1998.
- MARTINDALE, Don. *The Nature and Types of Sociological Theory*. Boston, 1960 (versão espanhola, Madri, 1979).
- MATTEUZZI, August. *Les facteurs de l'évolution des peuples ou l'influence du milieu physique et tellurique et de l'hérédité des caractères acquis dans l'évolution et la dissolution des peuples*. Bruxelles-Paris, 1900.
- MAYER Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires, 1950.
- McCEARNEY, James. *Maurras et son temps*. Paris, 1977.
- McGEE DEUTSCH, Sandra. *Las derechas. La extrema derecha en la Argentina, el Brasil y Chile, 1890-1939*. Universidad Nacional de Quilmes, 2005.
- McNEILL, J.R. e McNEILL, William H. *Las redes humanas. Una historia global del mundo*. Barcelona, 2004.

- MEDEIROS DE MENEZES, Lená. *Os indesejáveis: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*. Rio de Janeiro, 1996.
- MELCHIONDA, U. "Differenziazione progressiva dei conflitti etnici tra lavoratori immigrati e società di accoglienza: verso un modello integrato", em *Dei delitti e delle pene*, 1/93.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*. Bolonha, 1979.
- MELOTTI, U. "Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa", em *Dei delitti e delle pene*, 1/93.
- MENZEL, Adolf. *Calices*. México, 1964.
- MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. México, 1980.
- MERTON, Robert. *Teoría y estructura sociales*. México, 1984.
- MESSUTI, Ana. *El tiempo como pena*. Buenos Aires, 2001.
- MESTRE, Jesús. *Cathari. P:oblema religioso, pretexto político*. Barcelona, 2005.
- MEZGER, E. "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit", em *Probleme der Strafrechtserneuerung, Fest. f. Kohlrausch*. Berlín, 1944.
- MILLAR Adam. "Professors of Hate", em *The Bell Curve Debate*, editado por Russell Jacoby e Noemí Glauberman. Times Books, 1995.
- MIRANDA, Marisa e VALLEJO, Gustavo (compiladores). *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*. Buenos Aires, 2005.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*. Nápoles, 2000.
- MODRAS, Ronald. "A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee and the Witchcraft Hysteria in Seventeenth-Century Germany", em *Studies in Spirituality of Jesuits*, 35/4. St. Louis, Missouri, setembro de 2003.
- MOLINARI, Diego Luis. *La trata de negros. Datos para su estudio en el Río de la Plata*. Buenos Aires, 1944.
- MOMMSEN, Theodor. *Compendio de Derecho Público Romano*. Madrid, s/d.
- \_\_\_\_\_. *Historia de Roma, I. De la fundación a la República*. Madrid, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Römisches Strafrecht*. Berlín, 1899 (trad. española, Madrid, s/d).
- MONDOLFO, Rodolfo. *Rousseau y la conciencia moderna*. Buenos Aires, 1967.
- \_\_\_\_\_. *El pensamiento antiguo. Historia de la filosofía greco-romana*. Buenos Aires, 1974.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. "Estado y democracia en Otto Kirchheimer", em O. Kirchheimer. *Justicia política*, Granada, 2001.
- MONTEALEGRE, Hernán. *La seguridad del Estado y los derechos humanos*. Santiago de Chile, 1979.
- MOSSE, George L. *Sessualità e nazionalismo. Mentalità borghese e rispettabilità*, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F. "Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo', em *RDP*, Buenos Aires, 2004.
- \_\_\_\_\_. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacional-socialismo*, 4ª ed. Valência, 2003.
- MURATGIA (org). *Presidio y cárcel de reincidentes. Tierra del Fuego. Antecedentes*. Buenos Aires, s/d. (1910 circa).
- MURY S.J., Paul. *Les Jésuites à Cayenne. Histoire d'une mission de vingt-deux ans dans les pénitenciers de la Guyane*. Estrasburgo-Paris, 1895.
- MÚSCO, Enzo. *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*. Milão, 1978.
- NAGLER, Michael N. *Per un futuro non violento*. Milão, 2005.
- NATHAN BRAVO, Elia. *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de brujas*. México, 1997.
- NAUROIS, Patrice de. "Algunos aspectos de la estrategia y de la táctica, aplicados por el Viet-Minh durante la campaña de Indochina", em *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, 328, 1958, 1/3, p. 97 e ss.

Una teoría para la guerra subversiva – 1958.  
329, 4/6, p. 226 e ss.

- NAVARRO CARDOSO, Fernando. "Expulsión 'penal' de extranjeros: una simbiosis de derecho penal 'simbólico' con derecho penal del 'enemigo', em *ius tel.com, RGDP*, n° 2, novembro de 2004.
- NEUMAN, Elias. *Victimología. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires, 1994.
- NICÉFORO, Alfredo e SIGHELE, Scipio. *La mala vida en Roma*. Madrid, 1901.
- NICKERSON, Hoffman. *La Inquisición y el genocidio del pueblo cántaro*. Barcelona, 2005.
- NICOLAI, Helmut. *Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*. Munique, 1932.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Also sprach Zarathustra, II, Von der Erlösung, em Werke in vier Bänden*. Karl Müller Verlag, Erlangen, s/d.
- NINA RODRIGUES, Raimundo. *Os africanos no Brasil*. Revisão e prefácio de Homero Pires. São Paulo, 1932.
- NIVEAU, Maurice. *Historia de los hechos económicos contemporáneos*. Barcelona, 1977.
- NOCIFORA, E. "Il mercato del lavoro degli extra-comunitari nell'Italia degli anni novanta", em *Dei delitti e delle pene*, 1/93.
- NORDAU, Max. *Degeneración*. Madrid, 1902.
- NOUGUES, Jean. "Características generales de las operaciones en Argelia", em *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, 1960, 337, 4/6, p. 174 e ss.
- \_\_\_\_\_. *Radioscopia subversiva de la Argentina*, 1962, 344, 1/3, p. 24 e ss.
- OLMOS, Fray Andrés de. *Tratado de hechicerías y sortilegios, 1553*, edición de Georges Baudot. UNAM, México, 1990.
- ORANO, Paolo. *Indichista sulla razza*. Roma, 1939.
- ORFILA, Jorge Raúl. "Del Proceso Salán ¿surgen experiencias asimilables al mando militar actual?", em *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, n° 345-6, 4/9, 1962, p. 174 e ss.

PAGANO, Francisco Mario. *Principios del Código Penal*. Buenos Aires, 2002.

- PARMA, Carlos. "El 'enemigo' del derecho penal del enemigo", em *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Guayaquil, 2005.
- PASTOR, Daniel R. "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional", em Cancio Meliá, Manuel e Gómez-Jara Díez, Carlos (eds.), *El derecho Penal del enemigo*. Madrid, 2006 (no prelo).
- PAVÓN, Cirilo. *La defensa social. Medios preventivos y represivos*. Buenos Aires, 1913.
- PÉREZ del VALLE, Carlos. "Sobre los orígenes del "Derecho Penal del enemigo". Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", em *ED, Derecho Penal*, julho de 2003.
- PEREZ TORO, William Fredy; VANEGAS YEPES, Alba Lucia e ALVAREZ MARTINEZ, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, 1997.
- PESSOA, Mário. *O Direito da Segurança Nacional*. Rio de Janeiro, 1971.
- PINOCHET UGARTE, Augusto. *Geopolítica*. Santiago do Chile, 1984.
- PINTO, Julio. *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*. La Plata, 2000.
- PLATÃO. *Obras Completas*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967.
- POLIAKOV, León. *Breviario del odio (Los judíos y el Tercer Reich)*. Buenos Aires, 1954.
- \_\_\_\_\_. *Historia del antisemitismo*. Buenos Aires, 1988
- \_\_\_\_\_. *Il mito ariano. Saggio sulle origine del nazismo e del nazionalismi*. Roma, 1999.
- POLLARD, Charles. "Tolerancia cero ¿Y mañana qué?", em *Milenio*. Universidad de Gal. San Martín, ano 2, n° 3, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La configuración del 'Homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial", em Fernando Pérez Álvarez (Org.). *Serta. In memoriam Alessandro Baratta*. Salamanca, 2004.

- PRICE, Richard (Comp.). *Sociedades cimarronas. Comunidades esclavas rebeldes en las Américas*. México, 1981.
- PRITZWITZ, Cornelius. "Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?", en Santiago Mir Puig e M. Corcoy Bidasolo (dir.), V. Gómez Martín (coord.). *La política criminal en Europa*. Barcelona, 2004.
- RADBRUCH, Gustav. *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*. Göttingen, 1969.
- RAMOS MEJÍA, J.M. *Las multitudes argentinas*. Buenos Aires, 1912.
- RAMOS OLIVEIRA, Antonio. *Historia social y política de Alemania 1800-1950*. México, 1952.
- REDIFELD, Robert. *Yucatán. Una cultura en transición*. México, 1944.
- República dos Estados Unidos do Brasil. *Código Penal. Decreto-lei nº 2.848 - 1-12-40*. Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1941.
- RESTA, Federica. *Nemici e criminali. Le logiche del controllo* (inédito).
- RHODES, Anthony. *Propaganda. The Art of Persuasion: World War II*. Pensilvânia, 1993.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório. Estudos de antropologia da civilização*. Petrópolis, 1987.
- RICCIARDI von PLATEN, Alice. *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*. Florença, 2000.
- RICHARD, Pierre-Jean Richard. *Los robots*. Buenos Aires, 1985.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de (com a colaboração de José Luis Guzmán Dalbora). *Manuel de Lardizabal o el pensamiento ilustrado en derecho penal. Estudio preliminar a Lardizabal. Discurso sobre las penas*. Vitória, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Lardizabal, un penalista ilustrado*. Santa Fé, 1964.
- ROBBINS, Rossell Hope. *Enciclopedia de la brujería y demonología*. Madri, 1988.
- ROBERTS, Edward A. e PASTOR, Bárbara. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madri, 1996.
- ROBIN, Marie-Monique. *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*. Buenos Aires, 2005.
- ROCCO, Alfredo. *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*. Roma, 1927.
- RODLER, Lucia. *Il corpo specchio dell'anima. Teoria e storia della fisiognomica*. Bruno Mondadori, 2000.
- RODNEY, Walter. *De cómo Europa subdesarrolló a África*. México, 1982.
- ROJAS, Ricardo. *Archipiélago (Tierra del Fuego)*. Buenos Aires, 1942.
- ROMAGNOSI, G. D. *Genesi del diritto penale. Nuova edizione*. Milão, 1857.
- ROMANO, Sergio. *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*. Milão, 1990.
- ROMERO, José Luis. *La crisis de la República Romana*. Buenos Aires, 1942.
- ROMERO CARRANZA, Ambrosio. *El terrorismo en la historia universal y en la Argentina*. Buenos Aires, 1980.
- ROSENBERG, Alfred. *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas animico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*. Buenos Aires, 1976.
- ROSTAND, Jean. *La herencia humana*. Buenos Aires, 1961.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madri, 1973.
- RUIZ FUNES, Mariano. *Actualidad de la venganza*. Buenos Aires, 1944.
- \_\_\_\_\_. *Evolución del delito político*. México, 1944.
- RÜPING, H. *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*. Munique, 1991.
- RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá, 2004.
- SÁEZ CAPEL, José. *Pena de muerte. Cuando el Estado asesina*. Buenos Aires, 1999.
- SAINT-VICTOR, Paul de. *Las dos carátulas. Historia del teatro griego y de las grandes épocas del arte teatral*. Buenos Aires, 1952.
- SALLILAS, Rafael. *El delincuente español. Hampa (Antropología pi-carezca)*. Madri, 1898.
- \_\_\_\_\_. *La vida penal en España*. Madri, 1888.

- SANZ MORENO, José Antonio. *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*. Granada, 2002.
- SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid, 1992.
- SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano actual*. Madrid, 1878.
- SCHAMA, Simon. *Auge y caída del Imperio Británico, 1776-2000*. Madrid, 2004.
- SCHILLING, Heinz-Dieter (herausg.). *Schwüle und Faschismus*. Berlin, 1983.
- SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen, 1951.
- SCHMITT Carl. *Der Begriff des Politischen*, 1932; *El concepto de lo político*. Ediciones Folios, México, 1985 (también versión de Rafael Agapito, Madrid, 2005).
- \_\_\_\_\_ *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, publicado originalmente en Hochland, 1926.
- \_\_\_\_\_ *Der Hüter der Verfassung*, 1929; trad. italiana, *Il custode della Costituzione*. Milão, 1981; *La defensa de la Constitución*. Madrid, 1983.
- \_\_\_\_\_ *Politische Theologie*. Berlin, 1922; *Teología Política*. Cuatro ensayos sobre la soberanía. Buenos Aires, 2005.
- \_\_\_\_\_ *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg, 1933.
- \_\_\_\_\_ *Die Diktatur*, 1931; *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Teoría de la Constitución*. Madrid, 1992.
- \_\_\_\_\_ *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*; trad. española en *El concepto de lo político*. México, 1985; trad. italiana: *Teoría del partigiano. Integrazione al concetto del político*. Milão, 2005.
- \_\_\_\_\_ *Der Leviatán in der Staatslehre des Thomas Hobbes, 1938; El Leviatán en la teoría de Thomas Hobbes*. México, 1997.
- SCHNEIDER, Hendrik. "Bellum justum gegen den Feind im inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der "Bekämpfung" der organisierten Kriminalität", en *ZStW*, 113, 2001.
- SCHOETENSACK, August; CHRISTIANS, Rudolf e EICHLER, Hans. *Grundzüge eines Deutschen Strafvollstreckungsrechts*. Berlin, 1934.
- SCHULZ, Lorenz. "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende" – Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum "Feindstrafrecht", en *ZStW*, 112, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd. em *Goldammer's Archiv*, 2001.
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo*. Rio de Janeiro, 1978.
- SCIACCA, M. Federico. *Historia de la filosofía*. Barcelona, 1966.
- SEDGWICK, John. "Inside the Pioneer Fund", em *The Bell Curve Debate*, editado por Russell Jacoby e Noemi Glauberman. Times Books, 1995.
- SELADOC. *Iglesia y seguridad nacional*. Salamanca, 1980.
- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona, 1988.
- SERRÃO, Joel. *Dicionário de História de Portugal*. Lisboa, s/d.
- SEVERN, Hill. *The End of the Roaring Twenties. Prohibition and Repeal*. Nova Iorque, 1969
- SEVILLA Y SOLANAS, Félix. *Historia Penitenciaria Española (La galera)*. *Apuntes de archivo*. Segóvia, 1917.
- SIEGEL, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlin, 1886.
- SIGHELE, Scipio. *I delitti della folla*. Torino, 1910.
- SILVA HERZOG, Jesús. *Breve historia de la Revolución Mexicana*. México, 1960.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Madrid, 2001.
- SKROTZKY, Nicolas. *Guerres: crimes écologiques*. Paris, 1991.

SMITH, James Frank. *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*. UNAM, México, 1990.

SOTELO INCLÁN, Jesús. *Raíz y razón de Zapata*. México, 1970.

SPEE, Friedrich von. *I processi contro le streghe (cautio criminalis)*, editado por Ana Foa. Roma, 2004.

SPIRITO, Ugo. *Giovanni Gentile*. Florencia, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Madrid, 2002.

STOOSS, Carl. *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*. Viena e Leipzig, 1913.

\_\_\_\_\_. *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooß. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale. Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*. Basilea e Genebra: Verlag von Georg & Co., 1893.

STORY, José. *El Poder Judicial de los Estados Unidos. Su organización y atribuciones*. Buenos Aires, 1863.

TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. *El fenómeno humano*. Madrid, 1965.

TEISSEIRE, Édouard. *La transportation pénale et la relegation d'après les Lois de 30. Mai 1854 et 27. Mai 1885*. Paris, 1893.

THE UNITED KINGDOM PARLIAMENT. "Judgements - A (FC) and others (FC)(Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004", em *The United Kingdom Parliament. Publications on the Internet*.

\_\_\_\_\_. "Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004", párrafos 95 e 97, em *The United Kingdom Parliament, Publications on the Internet*.

THOMAS, Hugh. *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*. Barcelona, 1998.

THOMASUS, Christian. *Fundamento de Derecho Natural y de Gentes*. Madrid, 1994.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. Buenos Aires, 1947.

\_\_\_\_\_. *Principios de Sociología*. México, 1946.

TURNER, John Kenneth. *México bárbaro*. Madrid, 1985.

UNAM. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.

VALADÉS, José C. *El Porfirismo. Historia de un régimen*. UNAM, México, 1987.

VALCÁRCEL, Daniel. *La rebelión de Túpac Amaru*. México, 1965.

VALLERANI, Massimo. *La giustizia pubblica medievale*. Bolonha, 2005.

VANDERWOOD, Paul J. *Desorden y Progreso. Bandidos, policías y desarrollo mexicano*. México 1986.

VASSALLI, Giuliano. *L'expérience des mesures de sûreté en Italie*, en "Scritti Giuridici". Milão, 1997.

VEDEL, Valdemar. *Ideales culturales de la Edad Media. Vida de los héroes*. Madrid, 1925.

VEGA TORAL, Tomás. *Ensayo sintético de biología democrática ecuatoriana*. Cuenca, 1930.

VELÁSQUEZ, Fernando. "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", em *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, nº 15, 2005.

VERBITSKY, Horacio. *Medio siglo de proclamas militares*. Buenos Aires, 1987.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. México, 1962.

VIÑAS, David. *Indios, ejército y frontera*. México, 1982.

VRGOLINI, Julio. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires, 2004.

\_\_\_\_\_. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires, 2005.

VORMBAUM, Thomas. "Politisches" Strafrecht, en ZStW, 107 (1995).

VOUGLANS, Muyard de. *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*. Paris, 1762.

SMITH, James Frank. *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*. UNAM, México, 1990.

SOTELO INCLÁN, Jesús. *Raíz y razón de Zapata*. México, 1970.

SPEE, Friedrich von. *I processi contro le streghe (cautio criminalis)*, editado por Ana Foa. Roma, 2004.

SPIRITO, Ugo. *Giovanni Gentile*. Florencia, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Madrid, 2002.

STOOSS, Carl. *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*. Viena e Leipzig, 1913.

\_\_\_\_\_. *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooß. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale. Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*. Basilea e Genebra: Verlag von Georg & Co., 1893.

STORY, José. *El Poder Judicial de los Estados Unidos. Su organización y atribuciones*. Buenos Aires, 1863.

TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. *El fenómeno humano*. Madrid, 1965.

TEISSEIRE, Édouard. *La transportation pénale et la relegation d'après les Lois de 30. Mai 1854 et 27. Mai 1885*. Paris, 1893.

THE UNITED KINGDOM PARLIAMENT. "Judgements - A (FC) and others (FC)(Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004", em *The United Kingdom Parliament. Publications on the Internet*.

\_\_\_\_\_. "Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004", párrafos 95 e 97, em *The United Kingdom Parliament, Publications on the Internet*.

THOMAS, Hugh. *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*. Barcelona, 1998.

THOMASUS, Christian. *Fundamento de Derecho Natural y de Gentes*. Madrid, 1994.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. Buenos Aires, 1947.

\_\_\_\_\_. *Principios de Sociología*. México, 1946.

TURNER, John Kenneth. *México bárbaro*. Madrid, 1985.

UNAM. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.

VALADÉS, José C. *El Porfirismo. Historia de un régimen*. UNAM, México, 1987.

VALCÁRCEL, Daniel. *La rebelión de Túpac Amaru*. México, 1965.

VALLERANI, Massimo. *La giustizia pubblica medievale*. Bolonha, 2005.

VANDERWOOD, Paul J. *Desorden y Progreso. Bandidos, policías y desarrollo mexicano*. México 1986.

VASSALLI, Giuliano. *L'expérience des mesures de sûreté en Italie*, en "Scritti Giuridici". Milão, 1997.

VEDEL, Valdemar. *Ideales culturales de la Edad Media. Vida de los héroes*. Madrid, 1925.

VEGA TORAL, Tomás. *Ensayo sintético de biología democrática ecuatoriana*. Cuenca, 1930.

VELÁSQUEZ, Fernando. "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", em *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, nº 15, 2005.

VERBITSKY, Horacio. *Medio siglo de proclamas militares*. Buenos Aires, 1987.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. México, 1962.

VIÑAS, David. *Indios, ejército y frontera*. México, 1982.

VRGOLINI, Julio. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires, 2004.

\_\_\_\_\_. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires, 2005.

VORMBAUM, Thomas. "Politisches" Strafrecht, en ZStW, 107 (1995).

VOUGLANS, Muyard de. *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*. Paris, 1762.



- WALKER, Joseph M. *Historia de la inquisición española*. Madrid, 2001.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Utopística o las opciones históricas del siglo XXI*. México, 1998.
- WEBSTER'S. *Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language*. Nova Iorque, 1989.
- WELZEL Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid, 1971.
- \_\_\_\_\_ *Das Deutsche Strafrecht*. Berlín, 1969 (*Derecho Penal Alemán*). Santiago do Chile, 1970).
- WERLE, M. Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valência, 2005.
- WIEVIORKA, Michel. *El espacio del racismo*. Barcelona, 1992.
- WILSON, Woodrow. *El gobierno del Congreso. Estudio sobre la organización política americana*. Buenos Aires, 1902.
- WINDELBAND, Wilhelm. *Historia de la filosofía. La filosofía del iluminismo*. México, 1948.
- WISKEMANN, Elizabeth. *La Europa de los dictadores 1919-1945*. Madrid, 1983.
- WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker*. Tübingen, 1951.
- ZAFFARONI, E. R. "Introducción a la codificación penal latinoamericana", em Universidad de Salamanca, *Los Códigos Penales Iberoamericanos*. Bogotá, 1994.
- \_\_\_\_\_ "Política y dogmática jurídico penal", em *Direito e democracia*. Universidade Luterana do Brasil, Canoas (RS), vol. 3 nº 2, 2002.
- \_\_\_\_\_ *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, 1987.
- \_\_\_\_\_ "Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool", em *Homenaje al Profesor Dr. Giorgio Marinucci*; "¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?", em *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourillo*.
- \_\_\_\_\_ "El Leviathán y el derecho penal", em *Homenaje al Prof. Dr. Ramón C. Leguizamón*.
- \_\_\_\_\_ *La legitimación del control penal de los "extraños"*, em *memoriam* del Profesor Dr. Alfonso Reyes Echandía.

"Derecho Penal y protesta social", em livro-homenagem ao Professor Juan Bustos Ramírez (no prelo).

\_\_\_\_\_ *El crimen organizado. Una categoría frustrada*, em *Homenaje a Ricardo C. Niñez*. Córdoba, 1995.

\_\_\_\_\_ "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", em *Nueva Doctrina Penal*, 1999a, reproduzido em *Direito e Cidadania*. Praia, República de Cabo Verde, ano 3, nº 8, novembro de 1999 - fevereiro de 2000.

\_\_\_\_\_ "La legislación antidroga latinoamericana: Sus componentes de derecho penal autoritario", em *Derecho Penal, Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*. Lima, 1991.

\_\_\_\_\_ "La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria", em Leticia Gianformaggio (org.). *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, 1993.

\_\_\_\_\_ *Politica Criminal Latinoamericana. Perspectivas/Disyuntivas*. Buenos Aires, 1982.

\_\_\_\_\_ *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires, 1989.

\_\_\_\_\_ "Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal. Lectio Doctoralis en la Universidad Nacional de Rosario". Buenos Aires, Ediar, 2004.

\_\_\_\_\_ "El derecho penal liberal y sus enemigos. Lectio Doctoralis en la Universidad de Castilla - La Mancha", 2004, em *En torno de la cuestión penal*. Montevideu, 2005.

ZAFFARONI, E.R.; ALAGIA, A.J. e SLOKAR, A.W. *Derecho Penal. Parte general*. 1ª ed. Buenos Aires, 2000, México, 2001 e 2ª ed. Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, E.R.; BATTISTA, Nilo; ALAGIA, A.J. e SLOKAR, A. *Directorio Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro, 2003.

\_\_\_\_\_ *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, 2005.

ZASLAVSKY, Victor. "La memoria storica nella Russia postsovietica: il bisogno di dimenticare e lo sforzo di ricordare", em AA.VV. *Storia, verità e giustizia. I crimini del XX secolo*, editado por Marcello Flores. Milão, Bruno Mondadori, 2001.

ZEA, Leopoldo. *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*. México, 1984.

ZILIO, Jason Luiz. *O discurso contra o inimigo: o novo já nasce velho* (texto apresentado à pós-graduação da Universidade de Buenos Aires, inédito, 2005).

ZORZI, Renzo. *Beccaria. Il dramma della giustizia*. Milão, 1996.