

O Tratamento Dispensado ao Inimigo: o Discurso Penal da Desqualificação da Pessoa

O terror é a realização da lei do movimento. O seu principal objetivo é tornar possível à força da natureza ou da história propagar-se livremente por toda a humanidade sem o estorvo de qualquer ação humana espontânea. Como tal, o terror procura “estabilizar” os homens a fim de liberar as forças da natureza ou da história. Esse movimento seleciona os inimigos da humanidade contra os quais se desencadeia o terror, e não pode permitir que qualquer ação livre, de oposição ou de simpatia, interfira com a eliminação do “inimigo objetivo” da História ou da Natureza, da classe ou da raça.

Hannah Arendt

Não há dúvidas quanto ao fenômeno da expansão do sistema punitivo ao redor do mundo, com o endurecimento das legislações penais e processuais penais, além do encarceramento em massa, sobretudo de pessoas oriundas das classes menos favorecidas. Se o poder político dos Estados Nação se dilui cada vez mais frente ao capital financeiro transnacionalizado, - processo esse que os deixa apenas o poder de gerir a pobreza¹ e suas conseqüências-, é através do sistema penal que os Estados o fazem, sem margem de liberdade que permita a adoção de políticas públicas mais liberais e garantidoras dos direitos do cidadão.

“(...) tendência muito mais geral de limitar à questão da lei e da ordem o que ainda resta da antiga iniciativa política nas mãos cada vez mais frágeis da nação-estado; uma questão que inevitavelmente se traduz na prática em uma existência

¹ Acerca do termo “gestão da pobreza” e seu sentido, ver WACQUANT, Loïc, *op. cit.*, 2007.

ordeira – segura – para alguns e, para outros, toda espantosa e ameaçadora força da lei.”²

O Estado concebido enquanto uma instituição diferenciada da sociedade, embora seja emanção direta das relações sociais, surge como fiador dessas relações, se caracterizando sobretudo como organizador destas mesmas relações sociais que, em uma sociedade capitalista, são eminentemente de dominação, portanto conflitivista. No entanto, tal função organizadora - que hoje se limita à atuação do poder punitivo - é camuflada sob o manto da neutralidade da ação estatal e em uma igualdade que ficará apenas no campo formal. É sobre este Estado que recai o poder de decidir os conflitos surgidos no seio da sociedade, podendo fazê-lo de acordo com as regras constitucionais e disposições infraconstitucionais igualitárias, marcos do Estado Democrático de direito, ou com decisões arbitrárias de poder, típicas de um estado autoritário, ou seja, um Estado de Polícia.

Por outro lado, se o campo do direito é um campo de luta político-ideológica por excelência, é na esfera do direito penal e processual penal que melhor observamos a dialética permanentemente colocada entre Estado de Direito e Estado de Polícia. Essa dialética significa a ampliação ou a restrição do Estado de Direito ou do Estado de Polícia segundo exista uma ampliação ou restrição, inversamente proporcional do sistema punitivo. “(...) O Estado de polícia pretende a ampliação do poder punitivo (seu exercício sempre arbitrário e seletivo debilita o Estado de direito) e o direito deve contê-lo”.³ A tradição legitimadora do exercício do poder punitivo atua como uma semente absolutista no Estado Constitucional de Direito, introduzindo neste, elementos que, a qualquer momento, podem ser recuperados para então fundamentar mecanismos autoritários dentro dos marcos da Democracia Constitucional. O poder punitivo desde sempre marcou a ferro seres humanos de determinado grupo dispensando-lhes um tratamento penal diferenciado não correspondente ao *status* de pessoa, apenas por serem considerados “perigosos”. Assim, ao longo do tempo, hereges de toda sorte, como as bruxas e os judeus de outrora, os imigrantes e jovens pobres das periferias de hoje, todos considerados ameaças últimas e fatais à

² BAUMAN, Zygmunt, “Globalização – As Conseqüências Humanas”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999, p. 111.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Culpabilidade por vulnerabilidade” in Discursos Sediciosos, V.14, RJ, Editora Revan, 2004, p. 31.

sociedade de seu tempo, foram e são fustigados por este poder seletivo e estigmatizante. A tais indivíduos, assinalados como “inimigos”, são negados os direitos e garantias protetores da pessoa humana face à intervenção penal do Estado, sob o argumento de serem “não-pessoas”.

“As racionalizações da doutrina penal para ocultar a administração 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 dos esforços do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos.*”⁴

Se no plano jurídico, seja através da legislação, seja na doutrina e na jurisprudência, o tratamento penal diferenciado é legitimado, no plano político, “o tratamento diferenciado de seres humanos privados de caráter de pessoas (*inimigos* da sociedade) é próprio do Estado absoluto”⁵, incompatível com um Estado Democrático de Direito. As estratégias de contenção das pulsões autoritárias presentes nos Estados reais não podem conceder qualquer privilégio a políticas criminais que permitam a expansão do sistema penal. No entanto, nas duas últimas décadas, o debate acerca destas políticas foi abandonando, pouco a pouco, os discursos de deslegitimação do poder punitivo para abraçar os de efficientismo penal, sob a invocação de crises e emergências justificadoras desta expansão tudo em nome da segurança. O discurso oficial, fundamentador da expansão do poder punitivo que atua em duas frentes – a nível global (guerra ao terror, guerra preventiva, cooperação internacional para combate ao crime, repressão aos deslocamentos de imigrantes) e a nível nacional (políticas de segurança genocidas, endurecimento das leis penais e processuais penais, aumento da população carcerária), proclama que a razão para o aumento da criminalidade, inclusive com surgimento de novas condutas criminosas, estaria na falta de eficiência do sistema penal, daí a necessidade de se incrementar todos os mecanismos repressivos.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “O Inimigo no Direito Penal”, RJ, Editora Revan, 2007, p. 13.

⁵ *Idem*, p. 11.

2.1

O Direito Penal do Inimigo na Teoria de Günther Jakobs: a Legitimação da Expansão Punitiva

No cenário mundial a questão da existência e legitimidade da categoria de “inimigo” no direito, em especial seu reconhecimento no direito penal e processual penal, foi relançada por Günther Jakobs⁶ que, partindo do princípio de que a categoria de “pessoa”, com direitos e deveres que lhe são inerentes, atribuída a um sujeito, só é válida quando a expectativa acerca do comportamento pessoal deste trazer um mínimo de segurança em relação à sua conformidade com a norma; do contrário, “a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente”.⁷ Assim, a incerteza da conduta do sujeito tem o condão de “despersonificá-lo”, surgindo em seu lugar o indivíduo perigoso, uma “não-pessoa”, que deve, por esta sua condição de periculosidade, ser concretamente impedido de qualquer ato, pelo risco que pode levar à sociedade. Esse ser perigoso que emerge em lugar da pessoa, justamente por não ter um comportamento presumidamente conforme a norma, é o inimigo.

Ao criar esta dicotomia entre pessoa e não-pessoa, o que podemos traduzir entre cidadão e inimigo, Jakobs pretende distinguir dois âmbitos diferentes que, no entanto, conviveriam em um mesmo contexto jurídico-penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Sendo que, no primeiro caso, o autor seria tratado como pessoa enquanto que no outro, o indivíduo passa a ser uma fonte de perigo suscetível de neutralização por outros meios coativos vedados em face do cidadão. O inimigo, em razão do risco futuro que seu comportamento pode trazer, está sujeito a medidas policiais de segurança. Valemos-nos da

⁶ Neste sentido, em língua nacional, ver JAKOBS, Günther, “Direito Penal do Inimigo”, org. e Introdução MOREIRA, Luiz e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008; Jakobs, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel, “Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas”, org. e tradução CALLEGARI, André Luís e GIACOMELLI, Nereu José, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 3.^a ed., 2008. É interessante lembrar que em um primeiro momento, em meados dos anos oitenta, Jakobs se colocou frontalmente contra a um ilegítimo direito penal do inimigo, no entanto no ano de 1999 muda radicalmente de posição passando a legitimá-lo. Neste sentido ver Prittwitz, Cornelius, “Derecho Penal del inimigo? Análisis crítico o programa de Derecho Penal? In Martín, V. Gómez (coord.), “La Política Criminal em Europa”, mimeo, 2004.

⁷JAKOBS, Günther, 2008, p. 10.

palavra “policial”, uma vez que é justamente no poder de polícia do Estado que encontramos a atribuição de, além da manutenção da ordem, prevenir os riscos passíveis de se concretizarem na sociedade.

O direito penal e processual penal, fundamentados nas idéias de defesa da sociedade “dos bons” em face daqueles que trazem um risco para ela, acabam por abandonar as garantias típicas de um Estado de direito ancorado nos parâmetros de uma Democracia Constitucional. A consequência da opção por esta dicotomia entre um direito do cidadão e outro do “inimigo” é o emprego de diversos mecanismos jurídicos como o da antecipação das barreiras de punição, o abandono da proporcionalidade entre lesão e punição, a flexibilização das garantias processuais, na multiplicação de criação legislativa de tipos de perigo, abstrato ou presumido, além dos tipos abertos, isso para não falar do uso indiscriminado de medidas cautelares, sobretudo o das prisões preventivas.

“A anunciada situação de necessidade e emergência, representada ora pelo risco de ataques “terroristas”, ora por uma suposta transnacionalidade criminosa ou por uma indefinida e indefinível “criminalidade organizada”, ora por um propagandeado aumento incontrolável da chamada “criminalidade de massa” (ou criminalidade das ruas), ora, ao contrário, por uma criminalidade de poderosos, vai dando lugar a uma sistemática produção de autoritárias legislações que, abandonando princípios garantidores dos direitos fundamentais, criam vácuos, que progressivamente se ampliam, nos quais é indevidamente desprezado o imperativo primado das normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas”.⁸

Em grande parte das decisões pesquisadas no tocante às prisões cautelares, podemos perceber esse movimento discursivo no qual as garantias podem ser abandonadas em nome de uma suposta segurança e combate à criminalidade de todo tipo. Nos acórdãos em sede de *habeas corpus*, nos quais a gravidade do delito em abstrato ou a periculosidade do agente são trazidas à baila para negativa de concessão da ordem, preocupam-se os magistrados em justificar seus votos no “clamor social” e na necessidade de isolamento do agente do meio social. É de ser ressaltar que no âmbito de prisões processuais cautelares não ocorreu ainda a instrução da ação penal, ficando, portanto, os juízos sobre periculosidade ou gravidade do delito numa esfera quase etérea na qual o imaginário do julgador atua com mais vigor. Essas cautelares pessoais, que

⁸ KARAM, Maria Lucia, “Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo”, Escritos sobre a Liberdade, Vol. 1, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 13.

atingem diretamente a liberdade do indivíduo, têm uma natureza extremamente gravosa por inviabilizar na maioria dos casos qualquer defesa da pessoa que a esteja sofrendo.⁹

Günther Jakobs retoma o conceito do inimigo acreditando ser possível inseri-lo no âmbito jurídico-penal, e desta forma conter a expansão do poder punitivo para todos, neste caso, “todos” seriam os cidadãos. No entanto, a própria diferenciação inicial entre dois tipos de sujeitos, o cidadão e o inimigo, só faz demonstrar que o resultado da adoção de tal proposta será justamente o contrário do pretendido, uma vez que, no processo de expansão do poder punitivo, o Estado policial se sentindo *à l’aise* só fará estender sua lógica de excepcionalidade para além de seu campo de incidência inicial, já que a exceção não admite limites, escolhendo seus inimigos entre os “incômodos” da vez sob as mais variadas etiquetas. Este tratamento diferenciado inicial, por si só, já desmascara o mito da igualdade do sistema penal.

Cancio Meliá rebaterá Jakobs afirmando um Direito penal do inimigo sequer pode estar no âmbito do direito, uma vez que as medidas excepcionais, penais e processuais penais, implementadas em seu nome estariam mais corretamente debatidas no âmbito político, por tratarem-se de medidas típicas do estado de exceção.

“(…) que aquilo que pode denominar-se de “Direito penal do inimigo” não pode ser “Direito”. Dito de outro modo: é algo distinto do que habitualmente se chama “Direito penal” em nossos sistemas jurídico-políticos. E este não é um fenômeno qualquer, uma oscilação político-criminal habitual. Ao contrário, realizar este diagnóstico significa, ao mesmo tempo, reclamar, ainda que seja em outro plano metodológico, que as medidas repressivas que contêm esses setores de regulação de “Direito penal” do inimigo sejam transladadas ao setor que corresponde ao Direito e, com isso, também ao âmbito correto de discussão política: às medidas em estado de exceção.”¹⁰

⁹Não há nada mais simbólico da submissão da pessoa ao poder punitivo do que chegar algemado na audiência, sem contar a decisão de alguns magistrados que, desrespeitando súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, mantém o réu preso durante todo ato judicial. Súmula vinculante 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

¹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, em JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel, *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 3.^a ed., 2008, p.13.

Cancio Meliá aponta assim que um “direito” penal do inimigo não estaria, nem poderia estar, na esfera do direito, mas sim no âmbito político jurídico do estado de exceção. No entanto, é importante percebermos que o sistema penal, nele incluídos legislação penal e processual penal, inclusive nos seus aspectos constitucionais, sempre foi uma questão política.¹¹ Zaffaroni afirma que, se nos últimos 150 anos a desconexão entre doutrina penal e teoria política havia sido a tônica, hoje não podemos mais ignorar o caráter político do sistema penal, diante da configuração do poder planetário que fabrica, ao vertiginoso ritmo das *fast food*, inimigos e emergências¹², “com os conseqüentes *Estados de exceção*”, a serem consumidos através das propagandas midiáticas com agenda global.

“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* no direito penal é de caráter político, porque a *questão que se coloca é – e sempre foi – dessa natureza*”.¹³

Uma vez reconhecida certa legitimidade do que se denomina direito penal do inimigo, o Estado de Polícia avança e finca bandeira no Estado Democrático de Direito. Os discursos emergenciais dão margem a uma política legislativa apenas reativa de endurecimento de penas e criação de novos tipos penais, enquanto o Judiciário também faz sua lição de casa prendendo preventivamente, afastando garantias sob o fundamento do direito constitucional à segurança. Os ideólogos da emergência sempre se refugiaram em uma pretensa aceitação por parte do ordenamento jurídico em criminalizar condutas que atentem a interesses e valores da sociedade, à semelhança do que prega a Ideologia da Defesa Social. Desta forma, os crimes hediondos estão previstos na Constituição, a prisão preventiva também, as penas são incrementadas através dos processos legislativos, assim como os procedimentos mais gravosos e, na esteira desta expansão do direito penal realizada dentro da “legalidade”, a mão punitiva do Estado policial se estende sobre princípios e garantias básicas do direito penal e

¹¹ “O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital”. BARRETO, Tobias, “Estudos de Direito”, Campinas, Bookseller, 2000, p. 178.

¹² “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 sem se lograr 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*.”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p. 69.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p.16.

processual penal. É por este processo que, por exemplo, a culpabilidade do agente na conduta delituosa cometida sai de cena e entra a periculosidade do indivíduo ameaçadora da ordem pública. Com a quebra dos limites do direito penal e processual penal, a ampliação do exercício do poder punitivo e o conseqüente abandono da razoabilidade, assistimos ao avanço da irracionalidade na seara da criação e da aplicação do direito penal.

Quando Jakobs distingue um direito penal do cidadão do que ele chamou de direito penal do inimigo, ele o faz, conforme já dito anteriormente, como tática de contenção do próprio poder punitivo, acreditando poder encerrar esta segunda categoria em um compartimento estanque, enquanto o direito penal do Estado Democrático de Direito continuaria em vigência para o cidadão. “Tratar-se-ia de uma espécie de *quarentena penal do inimigo*”.¹⁴ Para Jakobs não estamos diante de uma contraposição de duas esferas isoladas, mas de duas categorias opostas, que, no entanto, podem se sobrepor e existir em um único contexto: o do Direito Penal. Esta dicotomia, por mais que Jakobs pretenda ser viável como contenção do poder punitivo, por limitá-lo a certas pessoas que, na esteira dos pensamentos iluministas do século XVIII, rompem com os valores da coletividade, acaba por introduzir elementos do Estado autoritário dentro do Estado de Direito que, acatando cada vez exceções em nome da segurança, pode ser levado à implosão.

Jakobs justamente embasa sua teoria nas idéias jurídico-filosóficas do contratualismo, considerando o direito como o vínculo, abstratamente falando, entre as pessoas que aderiram ao contrato social e que por sua vez seriam portadoras de direitos e deveres, enquanto que o inimigo, por não aderir a este contrato ou refutá-lo através de sua conduta, não estaria vinculado pelo direito, mas somente sofreria a coação cujo próprio direito autoriza o Estado a usar. “Por isso, poderíamos argumentar que toda pena e, até mesmo, que toda legítima defesa dirige-se a um inimigo.”¹⁵ E ainda, ao recuperar a argumentação penal contratualista, invoca os “autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato” e que “entendem o delito no sentido de que o delinqüente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica”.¹⁶

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p.156.

¹⁵ JAKOBS, Günther, “Direito Penal do Inimigo”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p.4.

¹⁶ JAKOBS, Günther, “Direito Penal do Inimigo – noções e Críticas”, 3.a. ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2008, p.25.

O discurso é o da Ideologia da Defesa Social, recuperado em seu esplendor, legitimando a atuação estatal no sentido de reprimir a criminalidade via instâncias oficiais, prevenir o crime, defender o interesse social, dentre outros elementos.¹⁷ Se na Europa, tal teoria já produz grandes estragos nas políticas criminais, com a maciça criminalização de imigrantes e outros excluídos da ordem neoliberal, o que dirá na América Latina cuja herança autoritária, sobretudo das ditaduras militares, ainda está tão presente em nossas práticas. É bem verdade que, lá também, os inimigos, em sua maioria, vêm do mundo periférico.¹⁸

2.2

Periculosidade como Característica do Inimigo

No contexto traçado por Jakobs, a pena no Direito Penal do Inimigo será uma coação com o sentido de “asseguramento”, o de eliminação de um perigo, o que significa que seu sentido não será apenas responder a um fato delituoso, mas também produzir um efeito físico, e neste ponto mais coerente com a Defesa Social nos moldes positivistas: o de neutralizar um suposto perigo futuro representado por aquele “elemento”, não mais cidadão, mas inimigo, ou seja, uma “não-pessoa” no sentido jurídico. A natureza jurídica de “não-pessoa”, muito semelhante ao indivíduo relegado à vida nua descrita por Giorgio Agamben,¹⁹ autorizaria o Estado, legitimado pelo Direito, a neutralizar este indivíduo com as medidas excepcionais cuja natureza jurídica é mais administrativa que judicial. Assim, por exemplo, as prisões provisórias, preventiva ou temporária, esta última de duvidosa constitucionalidade,²⁰ guardam muito menos seu caráter processual

¹⁷ Neste sentido ver capítulo 1 no qual abordamos os princípios da Ideologia da defesa Social.

¹⁸ Assistimos as notícias das destruições, por parte da polícia francesa, dos campos de imigrantes na França, a expulsão de ciganos do território francês, ouvimos os discursos que não ser pode cidadão quem não fala a língua, quem não tem raízes, e ao mesmo tempo lembramos como nossas, e de outros povos, memórias e culturas foram destruídas durante o processo de colonização expansionista europeu.

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio, “Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua”, Vol. 1, Belo Horizonte, editora UFMG, 2002.

²⁰ Trecho de Parecer sobre a Lei 7.960/89 (prisão temporária) de nossa lavratura para o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, aprovado em sessão plenária: “(...) A referida Lei Federal é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o. 4.109 proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro em julho do corrente ano perante o Supremo Tribunal Federal, distribuída à relatoria da Ministra Cármen Lúcia, encontrando-se, desde 25 de agosto até a presente data, com vista à

quando se tratar de prisão cautelar com fundamento na “ordem pública”²¹, “periculosidade do agente” ou “gravidade do delito”,²² e revelam decisões de cunho administrativo fundado em uma pretensa necessidade de defender a sociedade. Zaffaroni comentando acerca das idéias de Jakobs dirá que o Professor de Bonn não deixa de estar sendo correto quando afirma que a “prisão provisória é uma medida de contenção”.²³

“Assim, pode-se observar na América Latina que as medidas de contenção postuladas por Jakobs apenas para os inimigos 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 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*. Dessa perspectiva, deve-se admitir que Jakobs propõe algo muito mais limitado do que se pratica e se legitima na região latino-americana”.²⁴

Procuradoria Geral da República. A ADI n.º 4.109 caminha no sentido de pleitear o reconhecimento da inconstitucionalidade da totalidade da Lei Federal 7.960/89, canhesta criação legislativa que veio na esteira da Medida Provisória de n.º 111 de novembro de 1989, esta última inspirada em projeto de lei do ano de 1983 (PL n.º 1.655/83), portanto anterior à Constituição da República. Ao nosso sentir, a Lei Federal 7.960/89 efetivamente não se coaduna os Direitos e Garantias Fundamentais do Estado Democrático de Direito instituídos pela Constituição da República de 1988 e, conseqüentemente, muito menos o Projeto de Lei que amplia as possibilidades de decretação de prisão temporária e o prazo de tal prisão.

A Lei Federal que dispõe sobre a prisão temporária veio dar a roupagem de legalidade à prática das prisões para averiguação, plantando no seio do Estado Democrático de Direito a semente do Estado Policial autoritário que, ao invés de dar maior efetividade aos direitos e às garantias individuais, vem em sentido contrário reforçando a lógica punitiva.

A prisão temporária é hipótese de prisão a ser decretada com vista às investigações no inquérito policial, não podendo sequer ser considerada típica medida cautelar processual, pois lhe falta características típicas da prisão cautelar, estando mais próxima das medidas de contenção ditas administrativas, até porque a natureza jurídica do inquérito policial seria o de procedimento administrativo pré-processual (LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, p. 242, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008).

Tendo em vista que no procedimento investigatório, o cidadão se enquadra ainda na categoria de suspeito, não havendo ainda, nesta fase pré-processual uma probabilidade maior de culpa, o primeiro dos princípios constitucionais a ser vulnerado é o da Presunção de Inocência, artigo 5.º, inciso LVII da CF 88. Por outro lado, o inciso LXVI deste mesmo artigo 5.º da Constituição Federal dispõe acerca da liberdade provisória, significando que em nosso ordenamento jurídico a liberdade é a regra, sendo a prisão cautelar exceção, não se admitindo assim a banalização de tal instrumento de força que é a prisão”. SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G. de, consulta <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-1252.pdf>

²¹ O atual artigo 312 do Código de Processo Penal dispõe: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

²² Estas inexistentes de forma expressa na lei, mas inseridas na ordem pública.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2000, p.164.

²⁴ *Ibidem*.

A formulação de Jakobs, distinguindo as esferas do Direito Penal do Cidadão e do Direito Penal do Inimigo – Não-Pessoa – para usar o termo do próprio Jakobs, se funda também na idéia de “personalidade real” e “periculosidade fática”,²⁵ assumindo assim a faceta positivista da Ideologia da Defesa Social. Jakobs realiza uma tarefa complexa ao se valer da fundamentação contratualista, com viés jusfilosófico, do Direito Penal e ao mesmo tempo assumir as idéias de periculosidade típicas do empirismo positivista. Ao examinarmos a interligação entre estas duas bases da teoria de Jakobs, direito penal liberal originário do contratualismo e idéia de periculosidade tributária do positivismo penal do século XIX, fundamentos a princípio contraditórios, basta lembrarmos da luta entre as Escolas, percebemos no entanto que, no fundo, trata-se de um único fundamento, o da Ideologia da Defesa Social que, como muito precisamente identificou Alessandro Baratta,²⁶ é comum tanto à Escola Clássica quanto à escola Positiva.

Günther Jakobs distingue o cidadão do inimigo através da periculosidade que um indivíduo possa demonstrar: seria a personalidade real e a periculosidade fática. A pessoa, no sentido jurídico é o ser humano portador de direitos e deveres no âmbito da sociedade. Jakobs parte desta definição de sujeito de direito para estabelecer esta diferenciação entre cidadãos e inimigos. Neste sentido, uma segunda diferenciação será empreendida, a da perda do direito sem exclusão da sociedade e a da perda do direito por exclusão da sociedade. Assim o infrator que obra dentro de limites conhecidos, mesmo que sua conduta viole o direito, terá contra si o direito penal do cidadão. “Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.”²⁷ Cabe aqui, lembrarmos Enrico Ferri:

“§ 4.o. *Defesa preventiva e defesa repressiva.* Para o exercício prático e quotidiano desta justiça penal, há, nos povos civilizados, um conjunto mais ou menos complexo de leis, que dizem respeito aos crimes e aos criminosos. As funções de proteção ou de defesa interna por parte do Estado atuam ou para com as *pessoas genericamente perigosas* para a ordem pública e para tranqüilidade social ou contra os autores de *fatos ofensivos* das condições de

²⁵ Neste Sentido ver JAKOBS, Günther, nas duas obras já acima citadas.

²⁶ BARATTA Alessandro, *op. cit.*, 1997. Neste sentido ver capítulo 1.

²⁷ JAKOBS, Günter, *op.cit.*, 2008, p.45

existência individual e social e constituem, portanto, uma *defesa preventiva e defesa repressiva*. (...).

Para que se exerça esta defesa diretamente preventiva, basta, por parte do indivíduo, uma conduta inferior ao mínimo da normalidade e disciplina social, isto é, uma conduta *anti-social* e por conseguinte *perigosa*, mesmo sem a prática de atos criminosos.”

Na visão contratualista da sociedade, o Estado percebe no autor de um fato delituoso, um indivíduo normal que com seu livre arbítrio danificou a vigência da norma e por esta razão seria chamado através de uma ação penal a restaurar tal dano no âmbito do direito. “Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia”²⁸ O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato criminoso, sendo que para tomar tal indivíduo como pessoa significa ter em relação a ele uma expectativa de que agirá conforme a norma. Por outro lado, para aqueles que não proporcionam uma garantia de que agirão conforme a norma estaria o direito autorizado a agir, através do direito penal no sentido de eliminar o perigo deste comportamento incerto. Aqui tratar-se-ia não de uma compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não como sanção de fatos cometidos. Ainda na visão do pacto social, se o indivíduo não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, ou seja, ser portador de direitos e deveres, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Estar fora do contrato significa ser inimigo.

“Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que interceptado já no estado prévio a quem se combate por sua periculosidade.”²⁹

Essa interceptação, para usarmos o termo do próprio Jakobs, significa uma intervenção sobre o indivíduo semelhante a uma medida de segurança, só que para imputáveis. De qualquer modo, seria uma antecipação de tutela penal, não mais se examinando o fato passado, mas imaginando, quiçá mediunicamente³⁰,

²⁸ Idem, p. 33

²⁹ Idem, p. 37

³⁰ O velho sonho, ou será pesadelo, absolutista de controle total conseguindo abarcar até mesmo os pensamentos do indivíduo, traduzido na ficção pelo filme “Minority Report” em que três médiuns

uma possível conduta criminoso. É bem verdade que não há qualquer novidade na tese avançada por Jakobs, sendo que a última, trágica, experiência ainda deveria estar na mente de todos nós: a do nazismo. Muñoz Conde, estudando o direito penal do Nacional-Socialismo e os escritos de Edmund Mezger³¹, aborda o projeto de lei sobre o “Tratamento de Estranhos à Comunidade”, escandalizando-se que “sessenta anos depois ainda siga sendo praticamente desconhecido (ou silenciado) tanto pelos penalistas como pelos historiadores”, um texto que representou a legislação penal genocida da época, o qual reproduzimos alguns trechos:

“Texto do Projeto de Lei sobre o Tratamento de Estranhos à Comunidade em sua Versão de 17.3.1944

Para assegurar, que estranhos à comunidade, que com sua conduta prejudicam a comunidade do povo, sejam insertados como membros úteis ou não possam seguir danificando a comunidade do povo, o Governo do Reich aprovou a seguinte lei, que aqui se promulga:

Artigo I. Estranhos à comunidade

§ 1 É estranho à comunidade:

1. Quem, por sua personalidade ou forma de condução de vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter é incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo.
2. Quem
 - a) Por uma atitude de rechaço ao trabalho ou dissoluta leva uma vida inútil, dilapidadora ou desordenada e com isto molesta a outros ou à comunidade, ou por tendência ou inclinação à mendicância ou vagabundagem, ao trabalho ocasional, pequenos furtos, estelionatos ou outros delitos graves, ou em estado de embriaguez provoca distúrbios ou por estas razões infringe gravemente seus deveres assistenciais ou
 - b) por seu caráter associial ou encrenqueiro perturba continuamente a paz da generalidade, ou
3. Quem por sua personalidade ou forma de condução de vida revela que sua mente está dirigida à comissão de delitos graves (delinqüentes inimigos da comunidade e delinqüentes por tendência)

Artigo II. Medidas policiais contra os estranhos à comunidade

(...)

Artigo III. (...)

Artigo IV. Esterilização

1. Os estranhos à comunidade dos que se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo, sejam esterilizados.

(...)

Exposição de Motivos:

(...) A maioria desta gente nem quer nem é capaz de integrar-se à comunidade. Levam uma vida estranha à idéia de comunidade, carecem inclusive de sentimento comunitário, com freqüência são incapazes ou inclusive inimigos da

“previam” os crimes antes da realização da conduta e o “futuro” criminoso era imediatamente preso.

³¹ CONDE, Francisco Muñoz, “Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo-Estudios sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

comunidade, e em todo caso são estranhos à comunidade (Gemeinschaftsfremde). (...).”³²

A noção da comunidade traz como problema a questão de como se lidar com aqueles que estariam na fronteira desta comunidade ou mesmo além dela sendo, em razão de sua situação de ser um “estranho”, uma não-pessoa. Barbara Hudson³³ trabalha com a tensão entre os conceitos de justiça e estranhos no mundo globalizado, banhado em oceanos de medo, no qual aqueles que estão fora da “comunidade”, os estranhos, são passíveis de sofrer qualquer medida, até o extermínio. Em seu texto, Barbara Hudson traz a questão dos imigrantes na Europa, afirmando que “as democracias ocidentais estão atravessando um momento de medo dos estranhos” e que este fenômeno levaria a situações limites como o do caso Jean Charles Menezes em que a polícia inglesa atirou para matar, sendo que a discussão que desde então se travou não abordou a autorização, ou não, para “atirar para matar”, mas sim girou em torno do fato da polícia ter se enganado e atirado em um inocente³⁴. Ou seja, diante das “novas” e “perigosas” ameaças o “atirar-para-matar” é aceitável, lembrando Eduardo Galeano:

³² *Idem*, íntegra do projeto pp. 117/127. A este projeto, assim como a diversas legislações penais do nazismo, Edmund Mezger e vários outros penalistas renomados deram os subsídios ideológicos e técnicos legais. Embora possa parecer um texto monstruoso, temos que observar o quanto deste discurso ainda está presente entre nós. Não só em decisões judiciais, como veremos no capítulo três, nas quais podemos ter uma acusada cuja a personalidade “revela ausência de sensibilidade para os conflitos sociais” (processo n.o. 2006.51.01.517396-3 – Primeira Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro), como na própria fala do Governador do Estado do Rio de Janeiro Sergio Cabral Filho quando, em outubro de 2007, declarou que a Rocinha era “uma fábrica de produzir marginal” e “se houvesse o “aborto” (como política de segurança pública), haveria uma diminuição da criminalidade, nos lembrando que a idéia de “estranhos” à comunidade ou da prática de esterilização dos “perigosos” não faz parte só de um museu dos horrores legais, mas se está presente nos discursos políticos e jurídicos atuais.

³³ HUDSON, Barbara, *op. cit.*, 2006.

³⁴ Apenas para exemplificar, transcrevemos comentário do jornalista/policial Jorge Antonio Barros, no dia 16.12.2007, em seu blog “Repórter do Crime” no site do O Globo: “Se para matar bandidos é preciso que morram inocentes, então sinceramente prefiro que os bandidos continuem vivos e sejam presos de modo inteligente, quando irem para o asfalto. Porque não é possível que bandido fique entocado o tempo todo na favela, que não desça nem para tomar um sol na praia. Basta um trabalho de inteligência, conectando todos os contatos do bandido, para que se ponha a mão nele fora da favela e geralmente desarmado. Dia desses vi um jovem com toda a "pinta" de bandido circulando por um grande shopping da cidade. Não vá me pedir para descrever o que é "pinta" de bandido porque qualquer policial com alguns anos de rua sabe muito bem. Curiosamente ele usava uma camiseta que tinha nas costas o desenho de um fuzil AR-15, com inscrição "o bicho vai pegar" ou coisa que o valha. Pois esse rapaz circulou tranqüilamente pelas ruas, sem ser abordado por nenhum policial que tivesse a dignidade de pedir seus documentos, sem ver no rapaz cifrões que resultassem em algum tipo de "mineira" (extorsão praticada por policiais).”

“Num mundo que prefere a segurança à justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da justiça no altar da segurança. Nas ruas das cidades são celebradas as cerimônias. Cada vez que um delinqüente cai varado de balas, a sociedade sente um alívio na doença que a atormenta. A morte de cada malvivente surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes.”³⁵

Como não identificar esse mesmo processo de desqualificação da pessoa no extermínio diário de nossos jovens pobres das grandes cidades brasileiras, a ponto de serem passíveis de execução sumária. Em novembro de 2007, em cadeia nacional, assistimos horrorizados, outros nem tanto, o que a imprensa chamou de “safari aéreo”: a bordo de um helicóptero, policiais do Rio de Janeiro perseguiram, no Morro da Coréia, dois jovens desarmados que corriam para se proteger, até abatê-los com tiros de fuzis. A discussão que se instala então era se seriam bandidos, ou não, descartando-se até mesmo, admitindo-se muito a contragosto que nela estejamos, um “direito de guerra” no qual o “inimigo” desarmado não pode ser executado. Esses dois rapazes, assim como tantos outros, não são percebidos como da comunidade, sendo-lhe negado o primeiro e mais básico de todos os direitos: a Vida.

Voltando a idéia da existência de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, ambos dentro de um mesmo campo - o direito penal-, precisamos entender a aplicação destas duas esferas considerando a questão do pertencimento a uma comunidade³⁶ com valores sociais próprios, o cidadão, e da exclusão, a não-pessoa ou inimigo. Ainda Barbara Hudson explica que, nestes tempos de medo do outro, as respostas aos problemas sociais não são mais procuradas nas políticas inclusivas comunitárias, mas “voltam-se para o prudencialismo privado, para a conduta cautelosa que evita pessoas desconhecidas.”³⁷ Retornamos assim aos “estranhos à comunidade” da legislação nazista que “só produzem dano à comunidade do povo” sendo-lhes destinada a “coação policial que pretende ou recuperá-los com as medidas adequadas, ou evitar que produzam novos danos no futuro”.³⁸

Barbara Hudson também aborda a questão do outro incompreensível para aqueles que partilham valores da comunidade. O “anormal”, ou o “monstro”, e

³⁵ GALEANO, Eduardo, “De pernas pro Ar – A escola do mundo ao avesso”, Porto Alegre, L&PM, 1999, p. 81.

³⁶ Não entraremos mais profundamente na discussão acerca das teorias de justiça e das diferentes idéias de comunidade, pois foge ao escopo deste trabalho.

³⁷ HUDSON, Barbara, *op. cit.*, 2006.

³⁸ CONDE, Francisco Muñoz, *op. cit.*, 2005, p. 123.

nossos jornais estão povoados destes termos biologizantes (vermes, bactérias, animais) para se referir aqueles que delinquem.

“Como um sistema judiciário, baseado em respostas proporcionais aos crimes que podemos compreender, mesmo se os condenamos como errados, pode responder a esses atos? Esses crimes revelam a existência de uma comunidade de idéias sobre o que é racional, bem como de uma comunidade moral, uma comunidade circunscrita pelo limites da compreensão e pelos limites dos valores morais compartilhados, da história étnica e cultural compartilhada e pelos limites da soberania política. E esta comunidade de compreensão revela-se impotente para compreender esses crimes”.³⁹

A concepção de que existe uma ordem mínima a qual todas as pessoas estão juridicamente vinculadas e de que não deveria haver tolerância em relação a violações ao direito, enquanto expressão desta ordem, leva à idéia de que seria legítima a reação a tais violações por meio de uma intervenção penal de contenção e/ou pena. Desta forma, a pena passa de um meio para manutenção da vigência da norma para ser um meio de criação de vigência da norma. Neste sentido, o bem jurídico protegido pelo direito penal é a própria norma legal que não admitiria vulneração. Estaríamos diante de um estado de certeza em que o Estado seria o fiador das expectativas normativas que atuaria no sentido de neutralizar o fato delitivo mediante a imputação do fato ao autor e sua conseqüente punição.

No entanto, a aplicação de “qual” direito penal, se do cidadão ou do inimigo, dependeria da expectativa que se tem quanto ao comportamento do indivíduo. Aqueles que violarem o direito deverão ser punidos, como pessoas culpáveis (direito penal do cidadão), ou contidos, como inimigos perigosos (direito penal do inimigo). Em relação ao cidadão, o Estado só reagirá após o fato delitivo, após a exteriorização do delito pela conduta típica, com o objetivo de confirmar a estrutura normativa; já em relação ao inimigo, este sofrerá uma intervenção estatal prévia com base em uma suposta periculosidade.

Para Jakobs, o inimigo, em contraposição ao cidadão, é aquele que, mediante seu comportamento, demonstra ter abandonado o direito de forma duradoura – e aqui temos o “terrorista”, o “traficante”, o “assaltante”, enfim todos os estereótipos que povoam o imaginário social (bem reforçado pela mídia, diga-se de passagem), e por isso a sociedade não teria “garantias” de sua conduta,

³⁹ HUDSON, Barbara, *op. cit.*, 2006.

autorizando a intervenção antecipada cuja natureza jurídica não é de pena, mas sim de contenção, portanto medida policial, administrativa. Por outro lado, o cidadão que viola a ordem jurídica incidentalmente, sendo seu erro retificado através da pena, nunca esteve excluído de seus direitos, aplicando-se a este as garantias penais e processuais. A idéia de segurança - ausência/presença de mínima segurança cognitiva do comportamento pessoal do indivíduo - estaria assim no centro das preocupações de Jakobs que pretende com seu direito penal do inimigo abarcar todos os riscos, não percebendo o quanto de insegurança este “direito” gera na própria ordem que quer ver protegida, além de ser duvidosa sua legitimidade, para não falar de sua constitucionalidade.

“Se trata en definitiva de un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del Estado preventivo, que preconiza un modo de actuar proactivo frente a los riesgos, y no como sería propio del Estado de Derecho, delimitado reactivamente de acuerdo a determinados principios y garantías. Dichos principios, en particular el principio de proporcionalidad (o prohibición de exceso), se ve desbordado por el pensamiento preventivo de la seguridad, en el que no resulta decisiva la ponderación de bienes jurídicos, sino únicamente la obtención del fin perseguido”.⁴⁰

No Brasil, esse “filme” já está em cartaz há alguns séculos. Dos escravos, índios e pobres da ordem colonial aos jovens pardos, pobres e “traficantes” por natureza, enfim os excluídos de todo tipo, o direito penal, hoje chamado de “do inimigo”, sempre atuou com o tão propalado eficientismo: “os *indesejáveis* continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, mortalidade (...), paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo”.⁴¹ Zaffaroni acreditava que havia um “sistema penal subterrâneo” funcionando paralelamente ao formal, dando-se conta agora que este é o verdadeiro sistema penal, sendo a “maximização jurídica”, tempos de hiperinflação de legislação repressiva, o mecanismo pelo qual se oculta e se legitima a “maximização repressiva”.

“Es bastante claro, a estas alturas, descubrir la perversión del discurso jurídico penal latinoamericano implica, casi automáticamente, caer en la cuenta de que el

⁴⁰ DEMETRIO-CRESPO, Eduardo, “El Derecho Penal del Inimigo” – Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del inimigo y la idea de seguridad”, in “El Derecho Penal Frente a la Inseguridad Global”, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007, p. 128

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p. 70.

verdadero sistema penal es el que opera al margen de la legalidad y sin bas en el derecho penal formal, (...).”⁴²

O controle social penal das periferias do mundo, desde sempre, se caracterizou pela violência de suas práticas à margem da legalidade no qual poder punitivo público e vingança privada se misturam. O verdadeiro controle social punitivo aparece nas ações policiais militarizadas, ainda nos moldes colonialistas de poder hierárquico verticalizante.

2.3

Biopoder e Estado de Exceção: O Caos Como Ordem

Em sua aula de 17 de março de 1976⁴³, Michel Foucault distingue a tecnologia do poder disciplinar da do biopoder, explicando que se a primeira está voltada para o corpo do homem, a segunda toca diretamente a vida. Embora o poder disciplinar esteja embutido e integrado ao biopoder, este último é qualitativamente diferente, uma vez que organiza os homens enquanto massa global no tocante aos processos próprios da vida. Acerca do biopoder Foucault dirá que se trata de “uma tecnologia de poder que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia.”⁴⁴ Ademais, se de um lado o poder disciplinar dirige-se aos corpos individuais que devem ser controlados, treinados, punidos, a nova técnica se volta diretamente para os fenômenos vitais. “Ao que essa nova técnica não disciplinar se aplica é – diferentemente da disciplina, que se dirige ao corpo – a vida dos homens, ou ainda, se vocês preferirem, ela se dirige não ao homem-corpo, mas ao homem ser vivo; no limite, se vocês quiserem, ao homem-espécie”.⁴⁵ Assim, mais que disciplinar indivíduos, o biopoder institui uma regulamentação sobre a vida humana. Esse biopoder, na concepção foucaultiana, se funda primeiramente na relação entre soberano e súdito, na qual o

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Un Discurso Perverso-De cómo la realidad deslegitima al discurso penal em América Latina”, mimeo.

⁴³ FOUCAULT, Michel, “Em Defesa da Sociedade”, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

⁴⁴ *Idem*, p. 289.

⁴⁵ *Ibidem*.

soberano detém o “direito de fazer morrer ou de deixar viver”,⁴⁶ vindo a se transformar no século XIX em um novo direito, sem, no entanto, substituir o anterior, que é o “direito de fazer viver e de deixa morrer”.⁴⁷

Giorgio Agamben, em seu texto “Forme-de-vie”,⁴⁸ lembra que os gregos tinham dois termos, semântica e morfológicamente diferentes, para a palavra vida, sendo *zoé* aquele que designava o simples viver comum a todos os viventes, fossem eles animais, homens ou deuses, e *bios* significando a forma de viver própria de um ser singular ou de um grupo. Só que hoje, esta diferença não existe mais e apenas um dos termos sobrevive, com o pressuposto de ser possível separar as inúmeras formas de vida.⁴⁹ Para Agamben, forma-de-vida seria justamente o contrário, ou seja, “uma vida que não pode jamais ser separada de sua forma, uma vida na qual não seria possível isolar algo como uma vida nua.”⁵⁰ A vida humana na qual os diferentes processos da vida não são simples fatos, como o seriam na vida animal, configura-se como possibilidades de vida, uma vez que, tanto os comportamentos humanos, quanto as próprias formas de se viver, não decorrem de vocação biológica específica, mas conservam sempre este caráter de “potencialidades”. No direito, a vida aparecerá originariamente como uma contrapartida ao poder de vida e morte que o *pater* tem sobre os filhos. Esse direito se transferirá ao poder soberano - *imperium* – e na concepção hobbesiana de soberania, se a vida no estado de natureza significava a constante ameaça de morte de todos sobre todos, na vida política, sob a proteção do Estado absoluto, a única ameaça está apenas nas mãos do soberano.⁵¹

“La *puissance absolue et perpétuelle* qui définit le pouvoir étatique ne se fonde pas, en dernière instance, sur une volonté politique, mais sur la vie nue, qui est conservée et protégée seulement dans la mesure où elle se soumet au droit de vie et de mort du souverain (ou de la loi). (Telle est la signification originelle de l’adjectif *sacer* referé à la vie humaine). L’état d’exception au sujet duquel le souverain decide à chaque fois est précisément celui où la vie nue qui, dans les

⁴⁶ *Idem*, p. 287

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Forme-de-vie*. Revista eletrônica “Multitudes”, 1993, disponível na internet: <http://www.multitudes.samizdat.net>, acesso em 10/11/2006.

⁴⁹ “ (...) un seul terme – dont l’opacité croît proportionnellement à la sacralisation de son référent – désigne dans sa nudité le présumé commun qu’il est toujours possible d’isoler dans chacune des innombrables formes de vie.” *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, no original: “Avec le terme forme-de-vie nous entendons, au contraire, une vie qui ne peut jamais être séparée de sa forme, une vie dont il n’est jamais possible d’isoler quelque chose comme une vie nue.”

⁵¹ Neste sentido também ver AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, 2002.

situations normales, apparaît réunie aux multiples formes de vie sociale est remise explicitement en question en tant que fondement ultime du pouvoir politique. L'ultime sujet qu'il s'agit d'excepter et en même temps d'inclure dans la cité est toujours la vie nue."⁵²

Em sua obra “Estado de Exceção”, Giorgio Agamben⁵³ recupera o instituto do *iustitium* do Direito Romano para, usando-o como paradigma, trabalhar na atualidade o conceito de estado de exceção, tendo em vista que, à semelhança do *iustitium*, o Estado de Exceção se caracteriza por uma ausência do direito, autorizada pelo próprio direito, já que preventiva e legislativamente disciplinada. Por outro lado, tendo em vista seu caráter emergencial, legitimando-se em face de fatos políticos, o estado de exceção se situaria na intersecção entre o jurídico e o político. Os limites entre o jurídico e o político se fundem, já que “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal”.⁵⁴

A análise que Agamben realiza está centrada no estado de exceção enquanto “paradigma de governo dominante na política contemporânea”⁵⁵, que ao criar um vazio jurídico, no limiar entre direito público e fato político, entre ordem e vida, vai se transmutando de medida excepcional e provisória em política governamental, apresentando-se como “um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.⁵⁶ Ao especificar que o direito penal do inimigo está no campo jurídico e legítima e legalmente elimina direitos da não-pessoa, Jakobs realiza uma operação semelhante a da fundamentação do estado de exceção.

“Como no direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.”⁵⁷

⁵² *Idem*, 1993. Tradução livre: “A potência absoluta e perpétua que define o poder estatal não se fundamenta, em última instância, sobre a vontade política, mas sobre a vida nua, que é conservada e protegida somente na medida em se se submete ao direito de vida e morte do soberano (ou da lei). (Este é o significado original do adjetivo *sacer* referido à vida humana). O estado de exceção sobre o qual o soberano decide é justamente esse da vida nua que, em situações normais, aparece reunida em múltiplas formas de vida social, é colocada em jogo enquanto fundamento último do poder político. O último sujeito a ser excetuado e ao mesmo tempo incluído na cidade é sempre a vida nua.”

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo, Boitempo, 2004.

⁵⁴ *Idem*, p. 11/12.

⁵⁵ *Idem*, p. 13.

⁵⁶ *Idem*, p. 13.

⁵⁷ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, 2008, p. 40.

Em Roma, toda vez que a República se achasse ameaçada e fosse declarada a existência de situação de emergência, o *tumultus*, era proclamado um *iustitium*, instituto jurídico que, paradoxalmente, criava um vazio jurídico, espaço no qual se admite medidas de caráter excepcional frente a um estado de perigo iminente. A atualidade deste instituto é flagrante quando pensamos, sobretudo, nos acontecimentos políticos mundiais que dão ensejo a diferentes medidas excepcionais de emergência como guerras preventivas, medidas de combate ao terrorismo, políticas restritivas de direitos e garantias, dentre outras, em nome de uma determinada ordem e da idéia de segurança.

A operação “jurídica” que o estado de exceção faz, eliminando justamente o estatuto jurídico do indivíduo, condição básica para o existir, inclusive político, leva à suspensão da própria vida, já que o indivíduo passa a não ter a multiplicidade de formas de vida, apenas vida nua.⁵⁸ Neste espaço de ordem jurídica neutralizada abre-se um espaço de ação extrajurídica, embora reivindique a aplicação do direito, na qual a liberdade é restringida, até eliminada, para garantia de uma suposta segurança diante de uma sociedade de risco, na qual se está permanentemente exposto a perigo.

Podemos perceber como o direito penal do inimigo, articulado na forma prevista por Jakobs, se encaixa à perfeição ao estado de exceção. Um direito que abre um espaço de ação extrajurídica, o da contenção daquele que perdeu suas formas de vida, restando-lhe apenas a vida nua, a “não-pessoa” – o inimigo, significando uma administrativização do jurídico, tudo em nome de uma segurança da comunidade. Neste espaço jurídico/não jurídico, no qual o próprio direito suspende o direito, abre-se um campo enorme de desconsideração da pessoa, resultando no *homo sacer*, “vida matável e insacrificável”. Retornamos à constituição política originária, a da soberania, a do poder de fazer morrer e deixar viver. “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.”⁵⁹

Foucault notará que o biopoder do soberano irá se transformar, a partir do século XVIII, sobretudo no século XIX com o advento do Estado intervencionista

⁵⁸ Neste sentido ver AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, 2002.

⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, 2002, p.91.

e das teses científicas no campo da biologia (evolucionismo, medicina), em uma gestão administrativa de todos os aspectos da vida humana - controle de natalidade e dos óbitos, saúde pública, deslocamento de pessoas - valendo-se para tanto da polícia⁶⁰. A polícia, enquanto órgão do Estado com atribuição para manter a ordem, será um dos órgãos desta gestão dos “processos biossociológicos” desse novo ente: a população. Gestão administrativa, poder de polícia, regulação da vida humana pelo Estado, biopoder, chegamos à biopolítica.

Agamben, por sua vez, unindo Foucault e Hannah Arendt, embora considere que os dois autores não tenham apreendido totalmente o fenômeno, faz convergir os pontos de vista de cada um no conceito de vida nua no qual “o entrelaçamento de política e vida tornou-se tão íntimo que não se deixa analisar com facilidade”,⁶¹ dificultando nossa percepção desta simbiose. No entanto, do surgimento das instituições totais (prisões, hospícios, internatos) passando pelas declarações de direitos e pelo posterior controle social fundamentado nas idéias científicas, dos Estados totalitários às Democracias formais, temos que perceber o movimento de politização da vida.

“(…) mostrar que alguns eventos fundamentais da história política da modernidade (como as declarações dos direitos) e outros que parecem antes representar uma incompreensível intrusão de princípios biológicos-científicos na ordem política (como a eugenia nacional-socialista, com a sua eliminação da “vida indigna de ser vivida”, ou o debate atual sobre a determinação normativa dos critérios da morte), adquirem seu verdadeiro sentido apenas quando são restituídos ao comum contexto biopolítico (ou tanatopolítico) ao qual pertencem. Nesta perspectiva, o campo, como puro, absoluto e insuperado espaço biopolítico (e enquanto tal fundado unicamente sobre o estado de exceção), surgirá como o paradigma da modernidade, do qual deveremos aprender a reconhecer as metamorfoses e os travestimentos”.⁶²

Quando o fundamento único é o da vida nua, como hoje percebemos que se articula o biopoder, entramos na esfera do estado de exceção. O poder político dos Estados contemporâneos não teria outra forma de legitimação que o estado de

⁶⁰ Neste sentido ver FOUCAULT, Michel, “Segurança, Território, População”, São Paulo, Martins Fontes, 2008. “E Hohenthal, em 1776, diz, retomando de resto justamente a definição tradicional: ‘Aceito a definição dos que chamam de polícia o conjunto dos meios que servem ao esplendor de todo o Estado e à felicidade de todos os cidadãos’. O que é esplendor? É ao mesmo tempo a beleza visível da ordem e o brilho de uma força que se manifesta e que se irradia. Portanto, a polícia é de fato a arte do esplendor do Estado como ordem visível e força brilhante”. p. 422. Como não associar esta fala de 1776 (!) com as propagandeadas políticas de “lei e ordem”, Unidades de Polícia Pacificadora e os “choques de ordem” atuais.

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, 2002, p. 126.

⁶² *Ibidem*, p. 128/129.

emergência permanente. “A vida em um estado de exceção tornado normal é a vida nua que separa, em todos os campos, as formas de vida em uma forma-de-vida.”⁶³ Como deixar de associar essa biopolítica às políticas de segurança pública praticadas na cidade do Rio de Janeiro onde, por exemplo, as favelas cariocas, os novos campos de concentração, são alvo desta regulação da vida, seja através das violentas ações policiais com vários mortos – vida matável, seja através dos novos programas de disciplinarização com as UPPs – Unidades de Polícia Pacificadora.

Em sua obra “Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo”⁶⁴, Hannah Arendt já apontava para o surgimento de um novo paradigma de governo que traria uma forma inédita de opressão política: o governo totalitário. A autora escreve que o governo totalitário “longe de ser ilegal”, recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final; que longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre humanas que qualquer governo jamais o foi; e que, longe de exercer o seu poder no interesse de um só homem, está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõe ser a lei da História ou a lei da Natureza. O seu desafio às leis positivas pretende ser uma forma superior de legitimidade que, por inspirar-se nas próprias fontes, pode dispensar legalidades menores. A legalidade totalitária pretende haver encontrado um meio de estabelecer a lei da justiça na terra – algo que a legalidade da lei positiva certamente nunca pôde conseguir.”⁶⁵

O estudo de Hannah Arendt é precioso para entendermos o funcionamento dos governos atuais regidos pela lógica da segurança e da guerra preventiva, portanto infinita. O estado de exceção é uma sombra a pairar sobre a contemporaneidade e percebemos que essa engrenagem, ao invés de ter sido desmontada após as experiências totalitárias do século XX, está presente no mundo e nas democracias ditas liberais avançadas. Kurt Sontheimer, no prefácio da compilação de textos políticos de Hannah Arendt, escreve que “a desgraça política no século XX não reside no fato de que surgiram terríveis regimes totalitários que apagaram a liberdade como característica essencial do político,

⁶³AGABEN, Giorgio, *op. cit.* 1993.. no original: “La vie dans un état d’exception devenu normal est la vie nue qui separe dans tous les domaines les formes de vie de leur cohésion em une forme-de-vie.”

⁶⁴ ARENDT, Hannah, “Origens do Totalitarismo – Antisemitismo – Imperialismo – Totalitarismo”, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

⁶⁵ *Idem*, pp. 513/514

mas sim no fato de que seu surgimento levou a também os sistemas políticos, que pretendem ser liberais, correrem o perigo de ser infectados pelo bacilo totalitário”.⁶⁶

Se examinarmos do ponto de vista da Ciência Política, os termos referentes a algo semelhante ao estado de exceção, como estado de sítio, estado de emergência ou de defesa, veremos que os termos jurídicos, imbricados com os políticos, sempre autorizarão de alguma forma tal estado. Assim, Carlo Baldi, no verbete “Estado de Sítio” do Dicionário de Política⁶⁷, explica que uma “decisão”, portanto política, declara o ato constitutivo deste estado de exceção que seria “um regime jurídico excepcional”, limitador das liberdades fundamentais, passível de ser decretado com “a verificação da situação de perigo para ordem pública e a determinação da necessidade de reagir com medidas excepcionais”. Desta forma, a necessidade surge como um elemento essencial para o estado de exceção, tornando-se também, desta forma, fonte de direito.

Outra questão que se coloca, sobretudo quando confrontamos os valores de liberdade e segurança, seria a de que esta “necessidade” implica em um juízo subjetivo da situação fática, ou seja, em uma avaliação moral ou política, portanto aparentemente extrajurídica, a autorizar o que Romano⁶⁸ chama de medida “ilegal”, mas ao mesmo tempo “jurídica e constitucional”, com intuito de se assegurar a própria ordem vigente. Agamben expõe os fundamentos da teoria de Carl Schmitt acerca do estado de exceção, explicando que o cerne de sua doutrina está na articulação entre ordem jurídica e estado de exceção, que garantiria a vigência do direito, embora não se aplique este direito. “O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”.⁶⁹ Carl Schmitt, em sua teologia política,⁷⁰ entende que a exceção, embora não se ajuste à norma geral, uma vez que esta última não contempla situação “anormal”, não deixa de estar inscrita na ordem jurídica, pois a decisão sobre o

⁶⁶ SONTHEIMER, Kurt, in ARENDT, Hannah, “O que é Política? – Fragmentos das Obras Póstumas compilados por Ursula Ludz”, RJ, 5.ª ed., Bertrand Brasil, 2004, p. 9.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (org.), “Dicionário de Política”, Brasília, 12.ª ed., UnB e LGE editora, 2004.

⁶⁸ ROMANO, S., in AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁹ *Idem*, p. 58.

⁷⁰ SCHMITT, Carl, “Teologia Política”, Belo horizonte, Del Rey, 2006.

estado de exceção, do soberano, embora política deve ser tomada guardando coerência com a ordem concreta que tem a Constituição como marco.⁷¹

“Soberano é quem decide sobre o estado de exceção. (...).

A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de que um caso real, excepcional. (...). Ele (o soberano) decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in Totum*.”⁷²

Agamben alerta que ao escolhermos como paradigma de governo o estado de exceção, o que está ocorrendo, estaremos optando por um espaço vazio, nem público, espaço da política, nem privado, mas aberto à violência e no qual a ação humana estaria privada de sentido. É necessário, pois, redescobrir o espaço da política, para ação política que é “apenas aquela que corta o nexo entre violência e direito”.⁷³ Jakobs entende que “o direito penal do inimigo é um direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito”,⁷⁴ confirmando que a questão da figura do inimigo no direito penal é um problema de natureza política. Jakobs ainda pretende que “somente é possível determiná-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito”, já que em um Estado de Não-Direito, os inimigos estariam por toda parte, desconsiderando o fato de que para o Estado autoritário, latente em todos Estados de direito, se expandir precisa apenas de pequenas brechas abertas que em pouco tempo já terá avançado sobre as conquistas democráticas. A decisão de quem é o inimigo não é uma decisão jurídica, - o indivíduo que pratica este ou aquele ato tipificado como delito -, mas sim uma decisão de fundo político.

⁷¹ Em outra obra, Schmitt trabalha a questão do papel do judiciário como guardião da Constituição, abordando, em determinado momento o estado de exceção e os decretos de emergência. “O desenvolvimento de cunho jurídico-constitucional conduziu, para várias questões importantes do estado de exceção e do direito de baixar decretos de emergência, a resultados que, na prática dos governos, em decisões de supremos tribunais e também na literatura específica, são aceitos e reconhecidos a ponto de se ter que partir deles como componente de nosso atual direito constitucional”. SCHMITT, Carl, “O Guardião da Constituição”, Belo horizonte, Del Rey, 2007, p. 170.

⁷² SCHMITT, Carl, *op. cit.*, Del Rey, 2006.

⁷³ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁴ JAKOBS, Günther, “Direito Penal do Inimigo”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, prefácio.

Agamben também analisou, como Foucault, os mecanismos de normatização da vida e da consolidação do poder na modernidade através, primeiramente do controle sobre os corpos, e posteriormente da regulamentação da vida humana. O biopoder, ou seja, o poder soberano sobre a vida tem hoje como símbolo extremo Guantánamo. Os presos de Guantánamo se reduzem à “vida nua”, sem qualquer estatuto jurídico-político, sendo que tais pessoas estão inteiramente submetidas ao poder soberano. Aos poucos, essa submissão vai tomando corpo em toda vida pública das comunidades, eliminando o espaço do político, das liberdades cívicas, restando-nos apenas a vida biológica. Tal processo se dá na esfera do político, mas também do jurídico, pois é através do direito, - direito negando legitimidade aos direitos -, que se efetua esta operação. Guantánamo repete-se diariamente nas prisões brasileiras para as quais a expressão “armazém de corpos”⁷⁵ representa uma metáfora tragicamente real.

Hannah Arendt, tratando dos totalitarismos, já havia expressado este processo de controle total da vida através do que ela denominou de terror. “O terror, como execução da lei de um movimento cujo fim ulterior não é o bem-estar dos homens nem o interesse de um homem, mas a fabricação da humanidade, elimina os indivíduos pelo bem da espécie, sacrifica as “partes” em benefício do “todo”.⁷⁶ E mais, ao final de seu livro, Arendt conclui que as experiências totalitárias do século XX haviam dado origem a uma nova forma de governo que permaneceria desde então, mesmo que só potencialmente, dentre nós. Hannah Arendt identifica no racismo um dos aliados mais fortes de Hitler, apontando, no entanto, não se constituir nenhuma novidade, “embora nunca houvesse sido usada com tão meticulosa coerência”.⁷⁷ Se por um lado, a Autora traça a gênese das idéias racistas de Gobineau, das idéias científicas sustentadoras da discriminação racial e historia a dominação genocida do colonialismo na África, entendendo estar nesta experiência colonial genocida o laboratório para o nazismo, deixa de lançar seu olhar, talvez por não estar no seu universo de pensamento, sobre o que significou a experiência colonial exterminadora nas Américas. De qualquer forma, a Autora percebe com justeza as implicações das relações entre racismo e

⁷⁵ Expressão cunhada por Alessandro de Giorgi em “A miséria Governada através do Sistema Penal”, Rio de Janeiro, Revan e ICC, 2006.

⁷⁶ ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 1989, p. 517.

⁷⁷ *Idem*, p.188.

burocracia que geraram um enorme acúmulo de poder e de potencial de destruição.⁷⁸

Implicado nas questões do biopoder e do estado de exceção está o tema da produção e da gestão da desordem. Compreender o conceito de ordem, em contraposição a um possível caos, é fundamental para a compreensão da realidade, sobretudo quando todas as atenções estão voltadas para a questão da “ordem pública”, agora transformada, pelos discursos políticos e dos meios de comunicação em sinônimo de segurança pública. Tocar na questão de ordem é, nas palavras de Bauman, evocar o caos; “este é o contrário daquela. Ordem e caos são gêmeos *modernos*”.⁷⁹

“La tradition des opprimés nous enseigne que l’état d’exception dans lequel nous vivons est la règle. Nous devons parvenir à un concept d’histoire qui corresponde à ce fait.’ Ce diagnostic de Benjamin, vieux désormais de plus de cinquante ans, n’a rien perdu de son actualité, non pas, ou du moins pas seulement, parce que le pouvoir aujourd’hui n’a d’autre forme de légitimation que l’état d’urgence et partout et continuellement en appelle à lui et travaille en même temps secrètement à sa production (comment ne pas penser qu’un système qui ne peut désormais fonctionner que sur la base d’un état d’urgence ne soit pas également intéressé à maintenir cet état à n’importe quel prix?), mais aussi et surtout qu’entre temps la vie nue, qui constituait le fondement caché de la souveraineté, est devenue partout la forme de vie dominante.”⁸⁰

Agamben se debruça sobre a questão da segurança enquanto paradigma de governo. “A segurança como paradigma de governo não nasce para instaurar a ordem, mas para governar a desordem. E neste sentido que a segurança, juntamente com o estado de exceção, é o paradigma fundamental de política mundial”.⁸¹

Para Hannah Arendt, o problema maior das sociedades modernas se inicia quando, a partir do século XIX, os negócios humanos da esfera do privado, os

⁷⁸ *Idem*, p. 215 e seguintes.

⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt, “Modernidade e Ambivalência”, RJ, Zahar, 1999, p. 12.

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, p. 1993. Tradução livre: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção no qual vivemos é a regra. Devemos chegar a um conceito de história que corresponda a este fato’. Este diagnóstico de Benjamin, datado de mais de cinquenta anos, não perdeu em nada sua atualidade, não tanto, ou pelo menos não somente, em razão do poder hoje não ter outra forma de legitimação que o estado de urgência e que em todo lugar, e continuamente, recorre-se a ele e trabalha-se secretamente em sua produção (como não pensar que um sistema que só pode funcionar na base do estado de urgência não esteja também interessado em mantê-lo a qualquer preço?), mas também, e sobretudo, porque neste meio tempo a vida nua, que constituía o fundamento oculto da soberania, tornou-se a forma de vida dominante.”

⁸¹ Entrevista de G. Agamben à Folha de São Paulo, caderno Mais, set. 2005.

interesses sócio-ecônomicos⁸², passam a ser da esfera pública, causando a perda da liberdade, enquanto ação humana livre e espontânea, para a necessidade, entendida como comportamento (conformação) repetitivo e previsível do homem. O econômico passa a pautar as ações políticas, tolhendo o espaço público no qual os homens livres espontaneamente, na pluralidade, possam expor e discutir as múltiplas idéias políticas. Nesse momento a ordem estabelecida é aquela do pensamento único, a da lógica do mercado, que exige mais obediência do que criatividade.

O conceito de “ordem” é extremamente abrangente, abrigando em seu seio diversas conotações e atuações do poder estatal, já que é ele o encarregado de mantê-la, ou melhor, de preservá-la, amparado pelo poder de polícia, intraestatal e, atualmente, com a arrogância peculiar aos EUA⁸³, mundial, no que toca as intervenções norte-americanas no mundo. No que tange a ordem local, ordem pública e poder de polícia são figuras que andam juntas, posto que é pelo poder de polícia que o Estado intervém na sociedade civil para limitar as liberdades individuais com o intuito de manter a atuação destas dentro do quadro da ordem vigente.

Coloca-se deste modo o que poderíamos chamar de “dilema do controle”, qual seja o conflito entre liberdade individual e segurança, conflito esse que se traduz numa dialética do público e do privado, em que o poder de polícia seria a forma especial de que se reveste a força coercitiva para estabelecer o equilíbrio entre o interesse público e o exercício de liberdades e direitos individuais. O estabelecimento desse equilíbrio seria a função mediadora das relações sociais desempenhada pelo Estado. No entanto, hoje aos Estados nacionais sobra muito pouco em termos de autonomia de políticas públicas, ficando seu papel restrito a garantir as relações sociais existentes na sociedade, uma suposta ordem e a segurança de poucos. O direito tem papel fundamental nesta garantia da ordem, já que a construção desta ordem é eminentemente jurídica. Assim como no estado de exceção, as estruturas jurídicas têm uma função primordial, qual seja a de normatizar os campos políticos e os da ação social. Agamben entende que Walter

⁸² Neste sentido ver ARENDT, Hannah. “A Condição Humana”, 10.a. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.

⁸³ Embora a eleição de Barack Obama para presidente dos EUA possa representar a esperança de melhores tempos, o recrudescimento das guerras “preventivas” no Afeganistão demonstra que eles talvez demorem.

Benjamin já indicara as conseqüências deste processo, quais sejam: “que o Espectro da “suspensão legal” da lei, que este reconhecimento da lei que pode conviver com sua própria suspensão seja o “motor imóvel” das democracias contemporâneas.”⁸⁴ E, por ser uma construção jurídica, é através do discurso de ordem, ou melhor de seu irmão gêmeo o caos, que, por uma operação também jurídica, permite-se a instalação do estado de exceção. Os Estados nacionais, mais do que garantidores e administradores da ordem, são máquinas de produção e gestão da desordem que lhes permitiram legitimar as intervenções violentas, transformando a segurança em paradigma de governo.

O direito nos remete às noções de “interesse geral” e “dano social”, que não deixam de ser categorias jurídico-formais abstratas, podendo ser preenchidas de diferentes significados, estes determinados politicamente. “Todas essas noções vagas que constituem a própria razão de ser do poder em questão serão preenchidas de significado pelas forças dotadas de hegemonia suficiente, em dado momento de dada sociedade, para ditar o conteúdo das leis, dos padrões sociais de convivência e do discurso jurídico vigentes”.⁸⁵ O interesse geral e público, no discurso da segurança e ordem, é o manto de que se revestem determinados interesses privados, sobretudo os do mercado financeiro global, para que estes últimos sejam preservados sem gerar aparentes conflitos sociais. Os conflitos serão tratados como desordem e, na ausência de política no sentido arendtiano de ação e discurso com liberdade e na pluralidade, com violência. Àqueles que por ventura tentem mostrar sua insatisfação atos considerados atentatórios a esta ordem, o Estado, organização especial de força, e o governo, domínio do político, assegurarão a neutralização destes indivíduos lançando mão do sistema punitivo, agora com o instrumento do direito penal do inimigo.

Outra questão que se apresenta na esteira dessa normatização da vida através do jurídico é a do funcionamento da máquina político-judiciária em uma sociedade de controle e na qual as técnicas de poder se fazem presentes. Se nos Estados contemporâneos o paradigma de governo é o estado de exceção, o discurso político vigente é o discurso punitivo, portanto o judiciário criminal é órgão estatal fundamental na articulação deste poder de controle. Aqui tocamos em um ponto sensível que é o da burocratização da função judicial. Abre-se um

⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.* 1999.

amplo quadro de temas ligados às questões da hiperracionalidade do sistema jurídico e sua aplicação. Hannah Arendt, em diferentes momentos de sua obra, abordará a questão da lei nos estados totalitários e de como as leis são administrativamente aplicadas, sem questionamentos maiores, de forma acrítica, por funcionários do governo, de forma burocrática. “Os próprios governantes não afirmam serem justos ou sábios, mas apenas executores de leis históricas ou naturais; não aplicam leis, mas executam um movimento segundo a lei inerente”.⁸⁶

Atualmente, o controle, mais do que disciplinarização de indivíduos, assume contornos de esquadramento e contenção de segmentos sociais como um todo; categorias sociais devem ser controladas⁸⁷. E é neste ponto que a tecnologia do poder avança, deixando de ser meramente disciplinador de corpos para se transformar em biopoder, controlador da vida e da morte, gestor de vidas, da “vida nua” no dizer de Agamben, da pura vida biológica administrada por dispositivos ordenadores do poder. Agamben demonstra como as estruturas do biopoder, inclusive as jurídicas que o sustentam, transformam a vida humana, enquanto espécie, na figura central das políticas públicas e como a “vida nua” vai progressivamente coincidindo com a integralidade do espaço político. É neste ponto que podemos trazer o pensamento de Hannah Arendt, em dois vieses, de um lado a questão de quando o espaço público é totalmente invadido pelo privado, neutralizando a Política enquanto ação e discurso, e, por outro lado, e em consequência, quando não se abre espaço para esta Política, as políticas governamentais se confundem com a violência.

No entanto, quando transportamos as idéias H. Arendt, M. Foucault e de G. Agamben, para a realidade latino-americana e, no nosso caso, brasileira, dificilmente poderemos aplicá-las de forma direta e simplificada, uma vez que vivemos uma realidade diferente dos países centrais, por estarmos em outra posição no processo de globalização, mas sobretudo pelo nosso processo histórico peculiar que, se de algum modo está ligado ao dos países colonizadores como se

⁸⁶ ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 1989, p.517.

⁸⁷ Na realidade brasileira, essa contenção dos segmentos sociais se traduziu, e se traduz ainda hoje, em extermínio. Se, lembrando Foucault em “Surveiller et Punir”, na ordem absolutista, a dominação se deu sobre o corpo (castigos físicos, mortes horrendas...), com a passagem para a ordem burguesa, a pena essencial se tornou a da privação de liberdade, como forma de disciplinamento do indivíduo. No entanto, na história latinoamericana, e no nosso caso na brasileira, tal processo sofre uma enorme distorção, pois que o veio autoritário nunca deixou de existir e o controle social sempre teve a marca do extermínio.

fossemos o outro lado da mesma moeda, nos traz características diferentes. Assim, se a tecnologia do biopoder já age sobre nós, ainda sofremos com o poder disciplinador nos seus moldes iniciais, com uma manutenção da ordem ainda calcada, por exemplo, no indivíduo a ser criminalizado, mas já incluindo alguns dos mecanismos de biopoder. André Duarte nos lembra que é nesses momentos que devemos temer as formas totalitárias de governo. “Assim, não apenas devemos temer a reinstauração de novos regimes totalitários, como também devemos estar atentos à presença efetiva de elementos totalitários e proto-totalitários nas modernas democracias de massa. A própria Arendt, ao final de sua análise da dominação totalitária, advertia que, a despeito da derrota do nazismo e do stalinismo, sempre parecerá tentador recorrer a “soluções” totalitárias enquanto estivermos diante de massas humanas desprovidas de voz e de um lugar próprio no mundo.”⁸⁸

Tanto no campo das relações internacionais, quanto no âmbito interno dos Estados, percebemos um mesmo processo de afirmação de um paradigma securitário e emergencial através do qual os Estados contemporâneos, sobretudo os EUA, sob o discurso de garantia da ordem e combate ao caos, o “mal cósmico” de que trata E. Zaffaroni,⁸⁹ se tornam produtores e gerenciadores desta mesma desordem que supostamente pretendem combater. A gestão do caos legitima desta forma as intervenções estatais, sendo que o estado de exceção se torna paradigma de funcionamento das estruturas jurídicas e política de governo, tornando o excepcional, regra, “normatização” da vida em sociedade através da exceção.

Por intermédio do Direito Penal e Processual Penal, normas legais positivadas no ordenamento jurídico, portanto “legítimas”, os integrantes de alguns segmentos sociais serão os “inimigos” da sociedade, dando ensejo à teoria de defesa social, que justificaria a intervenção do sistema penal, e aos conceitos de “classes perigosas” e “inimigos internos”, a embasar o controle social em cima dessas camadas da população.

“O Estado, supostamente imparcial, mas na verdade garantidor das relações de dominação, existentes na sociedade, cria as leis, visando a consecução de seus fins. Ora, se seu verdadeiro papel é o de organizar, de forma a reproduzir as relações já existentes na sociedade, tais leis terão a função de manutenção da dominação. Transgredir as leis é crime; estrutura-se, então, um sistema penal para

⁸⁸ DUARTE, André, *op. cit.* 2004, p. 41.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, mimeo, 2000.

“cuidar” dessas transgressões e seus agentes, os “criminosos”. Polícia, Justiça e Penitenciária participam, também com a devida “imparcialidade”, já que são instituições intermediárias do Estado, desse processo de verdadeira criminalização de determinadas categorias de pessoas, para, assim, controlá-las. O principal objetivo desse sistema penal é o de organizar a transgressão das leis numa tática geral de sujeição. A crença numa ordem jurídica coerente, imparcial, precisa e justa, que tem na neutralidade seu principal atributo, mascara a sua verdadeira função de criminalização e apartação social das classes baixas, já que tal ordem é elaborada por quem dispõe do poder, e não quer perdê-lo.”⁹⁰

A violência, para Hannah Arendt, não pode ser confundida com política, e surgiria justamente quando ação e discurso, - política para a autora-, não se realizam. Para Arendt, “todas as ações políticas, na medida que permanecem fora da esfera da violência, são realmente realizadas por meio de palavras, porém, mais fundamentalmente, que o ato de encontrar as palavras adequadas no momento certo, independentemente da informação ou comunicação que transmitem, constitui uma ação. Somente a pura violência é muda, e por este motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza.”⁹¹ Já para Benjamin⁹², a violência, enquanto meio, tanto é fundadora, quanto conservadora do direito. Na esteira deste pensamento, sempre que a resolução de um conflito desembocar em um contrato de caráter jurídico, ali estará presente a violência. No entanto a pura violência, sem o seu caráter de meio, romperia esta relação entre violência e direito.

Um novo paradigma de segurança em vez do conceito de liberdade traz a discussão da liberdade, positiva ou negativa, nos limites da democracia liberal, diluindo os espaços demarcados entre política e direito, possibilitando que um se infiltre no outro, reduzindo então o espaço de cada um, ou pior, tornando-os vazios. A eliminação do espaço da política, enquanto espaço de liberdade e emancipação do homem, nos moldes do republicanismo arendtiano, portanto o homem como responsável por seu destino e pela vida pública, através da ação e do discurso, abre espaço para também a eliminação do direito, criando um vácuo jurídico, no qual se o homem se separa do cidadão, impossibilitando também a vida em comunidade, aqui entendida no sentido de homens, nas suas singularidades, que se encontram livremente entre outros homens, pluralidade. A condição do homem é de ser humano no meio de humanos.

⁹⁰ SULOCKI, Victoria-Amália de B. C. G. de Sulocki, *op. cit.*, p. 164/165.

⁹¹ ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 2005, p. 35.

⁹² BENJAMIN, Walter, “Oeuvres – I – Mythes et Violence”, Paris, Éditions Denoël, 1971.