

resenha

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 224 p. (Coleção Pensamento Criminológico).

Os indesejáveis no Direito Penal moderno

Patrícia Graziela Gonçalves*



Eugenio Raul Zaffaroni é ministro da Suprema Corte Argentina, professor titular e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Buenos Aires, doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal, sendo um autor consagrado internacionalmente, com obras de larga circulação nos meios jurídicos, políticos e universitários da América Latina.

A obra *O inimigo no Direito Penal* de Zaffaroni é uma resposta ao livro de Günter Jakobs, catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, na Alemanha, intitulado *O Direito Penal do Inimigo*, que foi publicado em 2003, no qual o autor sistematiza, de forma afirmativa, legitimadora e justificadora, a teoria do Direito Penal do Inimigo. Essa teoria está voltada para a prevenção de crimes futuros, sendo o inimigo punido pela sua periculosidade e não pela sua

culpabilidade. Decorre disso que o indivíduo considerado inimigo perde seu *status* de cidadão e é visto como um inimigo de toda a coletividade, tendo as suas garantias processuais e penais minimizadas e, até mesmo, descartadas diante do combate do “perigo” emanado pelos inimigos.

Logo na Introdução, Zaffaroni apresenta a “hipótese geral ou básica” que procurará demonstrar no decorrer dos capítulos: o poder punitivo sempre classificou e reconheceu um *hostis*, um *estranho* ou *indesejável*, sobre o qual se aplicou um tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, negando-lhe a sua condição de pessoa e considerando-o em função da sua condição de *coisa* ou *ente perigoso*. E mais, tanto as leis quanto a doutrina legitimam esse tratamento, baseadas em saberes pretensamente empíricos sobre a conduta humana. Tal doutrina-penal contradiz os princípios constitucionais do Estado de Direito e mais se aproxima do modelo de Estado absoluto.

Para Zaffaroni, houve uma “transformação regressiva” da política penal nas últimas décadas, com debates que ampliaram a extensão do poder punitivo e colocaram o tema do *inimigo penal* no primeiro plano de discussão. Segundo o autor, “o contexto mundial atual torna a reação política obrigatória” (p. 15) contra o designado *inimigo* da sociedade, sobre o qual se pretende o aniquilamento total. Em tempos de discussões sobre os *direitos humanos* e negociação, o que ocorre, na prática, é a “solução que arrasa com os direitos e, mais

cedo ou mais tarde, acaba no genocídio” (p. 17).

Em seguida, Zaffaroni faz uma análise histórica sobre a concepção de *inimigo*, demonstrando que essa idéia é pré-Moderna, remonta a Roma da antiguidade clássica e trata-se de ressignificações do conceito jurídico de *hostis* do direito romano. Ao abordar conjuntamente o exercício real do poder punitivo e a legislação penal que legitimou as práticas penais adotadas a partir do século XV, o autor escreve que o Estado, num determinado momento, tomou o lugar de vítima dos delitos e, com isso, neutralizou a verdadeira vítima. Seu primeiro *inimigo* foi Satã, representado pelos hereges, feiticeiros, curandeiros etc., e, em nome de cristo, os eliminaram através dos tribunais inquisitoriais.

Com a revolução industrial, o *inimigo* passou a ser a ignorância, permanecendo a lógica de eliminação física, apesar de mais restrita – apenas aos criminosos graves e aos dissidentes – sendo que a solução encontrada foi o encarceramento em prisões. Já no século XX, surge um autoritarismo baseado na construção brutal e irracional do *inimigo*, legitimada por uma propaganda *völkisch* e também teorias raciais de Spencer. O nazismo, por exemplo, combinou tais elementos para justificar o genocídio cometido contra os judeus.

No século XXI, este autoritarismo tornou-se *cool*, ou seja, virou moda a ser seguida. Nos Estados Unidos, desde a década de 1980, a criação do inimigo tem sido uma preocupação entre os políticos. Buscou-se no “crime organizado” e na corrupção tal *inimigo*. Com os ataques de 11 de setembro de 2001, “esse sistema penal encontrou um *inimigo* de certa substância no chamado *terrorismo*” (p. 65). A sucessão de inimigos posteriores a esse acontecimento criou um círculo vicioso que, basicamente, apenas “aumenta a angústia e reclama novos inimigos” (p. 69) em busca de uma suposta pacificação.

Na América Latina, a realidade do poder punitivo é a do aprisionamento de grande maioria de indivíduos segundo a presunção de sua periculosidade. Três quartos dos presos estão submetidos a medidas de contenção “porque são processados *não condenados*”. (p. 70).

Posteriormente, Zaffaroni demonstra como se deu a legitimação do tratamento dado ao *inimigo* através do discurso jurídico-penal. Com a modernidade, pretendeu-se a individualização “ôntica” dos *inimigos*, sendo o positivista Rafael Garofalo responsável por essa teorização de periculosidade. O *inimigo* deixa de se limitar aos criminosos graves e passa a incluir os chamados *indesejáveis*: pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores, etc.

Desse modo, a execução tornou-se inviável, assim como a deportação, restando somente a privação da liberdade. Como consequência, as penas para os *inimigos* foram substituídas por medidas de segurança. Surgiram, então, os sistemas vicariante e duplo binário, sendo que, no primeiro, há uma substituição da pena limitada pela ilimitada e, no segundo, as penas limitadas e ilimitadas se somam, condenado os indivíduos à reclusão por tempo indeterminado, com a justificativa de “neutralizar sua periculosidade”.

Na América Latina, “o sistema penal oficial se divide em dos 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” (p. 110). Nesse sentido, a periculosidade própria do sistema penal cautelar é a *periculosidade do suspeito*.

Zaffaroni ressalta que “só poderia existir um tratamento penal diferenciado *realmente ilimitado no marco de um extremo e estrito direito penal do autor*”

(p. 116). No entanto, um tratamento penal diferenciado é um afastamento de todos os cidadãos do Estado de direito rumo a um Estado absoluto. Para o autor, esta não é uma opção prudente, uma vez que a confrontação de clássicos como Rousseau e Fichte com Hobbes e Kant limita a designação de inimigo as categorias de assassinos e traidores.

O autor recupera a tese do inimigo de Schmitt, que concebe uma visão de polaridade amigo-inimigo. Esta percepção conduz a existência de uma guerra permanente, sendo esta necessária “para criar e manter a paz interna” (p. 139). Essa situação gera um ciclo vicioso através da criação de inimigos estranhos permanentemente, sendo que estes demandam uma união de todos os cidadãos para lutar contra o inimigo comum.

Zaffaroni faz uma crítica à teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, ressaltando que, ao propor um conceito limitado de inimigo e de guerra limitada, numa neutralização restrita, criou uma visão estática da situação, uma vez que, observando que o Estado de direito não está de acordo com o seu ideal, o mesmo não funciona.

Segundo o autor, “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” (p. 160). A razão é que “todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto” (p. 167), enterrando, definitivamente, o seu “inimigo”: o Estado de direito. Em poucas palavras, a teoria do direito penal do inimigo de Gunter Jakobs “é o remédio que mata o paciente” (p. 167).

Para Zaffaroni, 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” (p. 169). Para o autor, é um erro tático conceder espaço para o Estado de polícia em um Estado de Direito, pois seria “como entregar as armas, acreditando que se chega a um armistício, quando, na realidade, trata-se de uma rendição nas piores condições” (p. 174). Este receio justifica-se, pois o autor percebe que “o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo” (p. 175).

Para finalizar, o autor escreve *algumas reflexões conclusivas* sobre o exposto no livro. Segundo o mesmo “o direito penal sempre justificou e legitimou – com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) – o tratamento de algumas pessoas como *inimigos*” (p. 189).

A legitimação dada pela doutrina penal a esse tratamento diferenciado dos *inimigos* ou *estranhos* “está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invadindo 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” (p. 190).

As discussões levantadas pela teoria do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, contradizem o próprio Estado de direito, que não deve admitir a presença da categoria do *inimigo* da sociedade, sob pena de descaracterizar-se.



* **PATRÍCIA GRAZIELA GONÇALVES** é mestranda em História pela Universidade Estadual de Maringá.