

POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS NA AMÉRICA LATINA ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE¹

SALO DE CARVALHO²

Resumo: A investigação sobre as políticas de repressão às drogas na América Latina está centrada na possibilidade de interação entre os pressupostos do direito penal do inimigo, discurso que historicamente atuou como meta-regra das agências penais, e a idéia de exceção permanente. Intenta realizar, portanto, diagnóstico da política criminal contemporânea.

Resumen: La investigación sobre las políticas de represión a las drogas en la América Latina esta centrada en la posibilidad de interacción entre los presupuestos del derecho penal del enemigo, discurso que históricamente actuó como meta-regla de las agencias penales y la idea de excepción permanente. Intenta realizar por tanto un diagnostico de la política criminal contemporánea.

Abstract: The investigation on the policies of repression to drugs in Latin America is centered in the possibility of interaction between the budgets of the penal law of the enemy, speech that historically acted like put-rule of the penal agencies and the idea of permanent exception. It tries to make therefore diagnose of the contemporary criminal policy.

A pior forma de defendermos a nossa liberdade é deixar que nossos líderes tirem a nossa liberdade! É exatamente em momentos como esses que temos de ter mais liberdade de expressão, uma mídia independente forte e crítica, e uma cidadania que não tenha medo de se levantar e dizer que o rei está nu e, pior, que não tem miolos. Se perdermos a coragem de dizer algo parecido estaremos condenados” (Michael Moore, Stupid White Men).

1. Introdução

A programação dos sistemas repressivos na história da humanidade é caracterizada pela inflexível e duradoura prática de violências arbitrárias. A constatação é plausível porque apenas na Modernidade, a partir dos postulados juracionais, o direito e o processo penal passam a ser definidos formalmente como limites à intervenção punitiva irracional, como barreiras à coação direta desempenhada pelos aparatos sancionatórios.

A tese permite concluir, com Ferrajoli, que “a história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história

¹ Artigo redigido para o Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Porto Alegre (setembro, 2005), em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. As conclusões expressas no artigo são frutos da pesquisa intitulada “*Mal-Estar na Cultura Punitiva*”, realizada junto ao Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS, e compõem a parte conclusiva do primeiro capítulo da terceira edição do livro “*A Política Criminal de Drogas no Brasil*” (RJ: Lumen Juris, prelo).

² Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Professor do Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosas, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos delitos.”³

Possível diagnosticar, portanto, a estabilidade da lógica beligerante na programação da punitividade, sendo os postulados teóricos humanistas e garantidores rupturas prático-teóricas descontínuas e fragmentárias.⁴ No entanto, embora se possa afirmar a assiduidade do extravasamento do poder penal em sua tendência à lesão e não à preservação dos direitos e garantias fundamentais, o discurso penal da modernidade, manifestando-se em essência como fala da falta, inexoravelmente primou pelo respeito às bases liberais do projeto de racionalização da intervenção punitiva. A sublevação ilustrada dos princípios contra o Príncipe, ou seja, da razão de direito à razão de Estado, estabilizou, ao menos no plano retórico, regras do jogo mínimas para aferição de legitimidade à violência estatal monopolizada.

Inegável ser possível constatar germens antiliberais nas teorias penais da Modernidade, sobretudo em razão da persistência e transversalidade epocal da Ideologia da Defesa Social. Todavia, após a consagração da universalidade dos direitos humanos na revolução burguesa, a negativa dos postulados de respeito aos princípios humanitários decorrente de seu atrelamento à legalidade e à judicialidade somente foi possível em discursos de defesa dos Estados de exceção.

Notório, porém, que desde a solidificação da crítica criminológica restou clara a cisão entre as funções declaradas e as funções reais exercidas pelas agências penais, notadamente a partir da publicação de *Vigiar e Punir*. O discurso liberal de estar o direito penal voltado ao respeito da legalidade e da igualdade, na tutela dos principais interesses e valores da sociedade (bens jurídicos), ficou localizado no plano das funções declaradas, pois a beligerância continuou sendo a constância do sistema repressivo (função real), ou seja, a justificativa de excepcionalidade da violência institucional restou permanente. Desta forma, a retórica humanista acabou adquirindo papel dissimulador à programação autoritária.

³ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 382.

⁴ “(...) a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, ou seja, que o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário” (CARVALHO, *Tântalo no Divã*, p. 117).

Apesar do importante desvelamento operado pela criminologia crítica, o discurso humanitário-racionalizador tem servido como parâmetro de anamnese e denúncia da coação direta freqüentemente orientadora das ações dos sujeitos que dinamizam o sistema penal. A dicotomia entre as funções do discurso penal (reais e declaradas) fornece, portanto, refinado instrumento heurístico para projeção de uma atuação tendente à redução dos danos causados pelas agências repressivas.

O direito penal de emergência deflagrado pelos operadores da estrutura repressiva (direito penal do terror), em sua atuação nas esferas legislativas, executivas, judiciárias ou acadêmicas, tem sido diuturnamente dicotomizado com a tradição ilustrada. No vácuo entre o garantismo e o inquisitorialismo, isto é, entre o anunciado oficialmente e a prática violenta, define-se o campo de atuação e de assunção de posições dos operadores do direito (penal).

Todavia torna-se absolutamente preocupante quando as funções reais (genocidas) passam a ser defendidas como base de um novo discurso oficial (funções declaradas), pois a transferência da programação real do direito penal do terror ao nível enunciativo potencializa o incremento da violência na nova realidade que se deseja criar.

A partir deste marco de análise é que será realizado o estudo das proposições político-criminais contemporâneas do *direito penal do inimigo* e de sua forma estatal correspondente (Estado de exceção): “*o estado de exceção, hoje, atingiu exatamente o seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito*”,⁵ visto estar esta doutrina intimamente ligada à repressão atual do fenômeno das drogas.

Dois importantes investigadores, de diferentes áreas das humanidades, forneceram instrumentos para o confronto da política criminal de drogas e do direito penal do inimigo com o Estado de exceção. No 10º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (São Paulo, 2004), Geraldo Prado apresentou inovadora tese sobre os limites dos poderes das agências de punitividade na restrição dos direitos individuais. Naquela ocasião, a partir de precisa crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre os limites às interceptações telefônicas, o autor sustentou que na vigência do Estado Direito os direitos fundamentais somente poderiam ser restringidos se se apresentar como barreira formal e material o regramento constitucional do Estado de exceção. Ou seja, em nenhuma hipótese poderia a Lei ou a jurisprudência autorizar limitações para além do determinado no Capítulo I (*Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio*) do Título V (*Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*) da Constituição da República. No mesmo período, a assistência

5 Agamben, Estado de Exceção, p. 131.

às conferências realizadas por Ricardo Timm de Souza, no Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUCRS, possibilitou encontrar amparo teórico (Agamben) para análise dos fundamentos da constância do Estado de exceção nas sociedades (formalmente) democráticas e subsídios para afirmar que à crise devemos opor a crítica. O diálogo e o aprendizado com Ricardo Timm de Souza e Peraldo Prado foram fundamentais no desenvolvimento do trabalho.

2. A Formulação (Teórica) Contemporânea do Direito Penal do Inimigo

A percepção atual das organizações dissidentes (domésticas ou internacionais) como problema penal, sobretudo aquelas cuja atuação é estruturada na utilização de métodos terroristas, tem levado à construção de um novo discurso defensivista. Fundado em premissas análogas àquelas nas quais objetiva intervir, a resposta punitiva para o combate dos grupos terroristas é forjada a partir de um equânime direito penal do terror. A máxima na nova configuração da política criminal autoritária contemporânea parecer ser “*contra o terror das organizações criminosas o terrorismo de Estado.*”

Para além das pautas programáticas dos Movimentos de Lei e Ordem, cuja principal característica é a ausência de respaldo teórico na fundamentação das intervenções autoritárias, o novo defensivismo encontra guarida em ideólogos que disseminam a beligerância penal não apenas como reitora da política criminal mas, igualmente, como base interpretativa do direito penal (dogmática penal). Dentre suas principais construções doutrinárias, inegavelmente encontra-se a formulação de Günther Jakobs sobre o *direito penal do inimigo*⁶, com a aproximação estratégica ao sistema de distintas velocidades preconizado por Silva Sánchez, obtendo como resultado um *direito penal de terceira velocidade*.⁷

Segundo a formulação de Jakobs, o direito penal de garantias teria aplicabilidade apenas aos “cidadãos” que praticaram acidental e/ou esporadicamente crimes. Para estes integrantes do pacto social envolvidos em eventual prática

⁶ Embora alguns autores procurem realizar aproximações teóricas entre a base humanitária do direito e do processo penal com a vertente dogmática do pensamento de Jakobs, visualizando pontos de contato entre as linhas garantistas e este modelo de funcionalismo, nota-se uma incompatibilidade de origem que refuta, terminantemente, tais ensaios. A incompatibilidade se refere à perspectiva político-criminal que ilumina ambas as teorias. Deste modo, se incompatíveis as projeções de criminalização (minimalismo versus maximalismo) e a estruturação da teoria geral de interpretação do delito e da pena (direito penal do fato versus direito penal do autor), qualquer aproximação doutrinária entre categorias aparentemente comuns soam como esforço inútil, visto serem os horizontes de (não) intervenção absolutamente incompatíveis. Veja-se, por exemplo, a importante lembrança realizada por Alejandro Aponte, quando nota que em 1985, no Congresso de Direito Penal de Frankfurt, quando Jakobs apresenta sua primeira versão do direito penal do inimigo, o faz “(...) *en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la ‘criminalización en el estadio previo a una lesión’ del bien jurídico*” (APONTE, *Derecho Penal de Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano*, p. 12/3), ou seja, no âmbito da discussão aparente neutra da dogmática do delito sobre consumação e tentativa.

⁷ Neste sentido, conferir SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, pp. 161-167 e CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo*, pp. 37-43.

delitiva, estariam resguardados todos os direitos e garantias inerentes à formulação normativa da Modernidade, notadamente dos postulados de legalidade e de jurisdicionalidade. O cidadão, desde este ponto de vista, seria aquele indivíduo que, mesmo tendo cometido um erro (crime), oferece garantia cognitiva mínima de comportamentos de manutenção da vigência das normas. Contra os cidadãos infratores a pena apresentar-se-ia como resposta desautorizadora do fato, procurando restabelecer a confiança social na estabilidade da lei (penal).

Sustenta Jakobs, porém, ser possível identificar em alguns casos “(...) que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera [ocasião na qual] disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona.”⁸ Nestas circunstâncias de rompimento com as expectativas, na inexistência de um mínimo de garantia cognitiva de condutas pessoais estabilizadoras da vigência das normas, seria lícito realizar processo de despersonalização do criminoso, no qual a perda da personalidade política (cidadania) deflagraria exclusão dos direitos a ela inerentes. Como o direito penal de garantias seria ‘privilégio’ exclusivo dos integrantes do pacto social, àqueles que se negam a participar do contrato ou pretendem destruí-lo, incabível o status de pessoa.⁹

Com o procedimento de cisão entre “pessoas” e “não pessoas”, são elaborados dois modelos distintos de intervenção punitiva – o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo –, redefinindo-se as funções das agências repressivas,¹⁰ pois quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.”¹¹

Nota-se, pois, o redimensionamento no marco ideológico defensivista com a assunção formal da dicotomia ‘bem’ e ‘mal’ e com a estruturação explícita da beligerância como norte programático do direito e do processo penal.

Definido o novo discurso, resta identificar o objeto de intervenção.

O sinal característico do inimigo seria a habitualidade e a profissionalização no cometimento de crimes. Ampliando a formulação original,

⁸ JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 38.

⁹ “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (JAKOBS, *Derecho...*, p. 47).

¹⁰ “El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros (...); “en el Derecho penal del ciudadano la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro” (JAKOBS, *Derecho...*, pp. 33/55).

¹¹ JAKOBS, *Derecho...*, p. 55/6 (grifou-se).

Jakobs não restringe a nova programação apenas aos sujeitos vinculados aos “grupos terroristas”¹², mas a todos aqueles indivíduos cujas atitudes, através de incorporação em organização criminosa ou não, demonstre possibilidade de reiteração delitiva (periculosidade). Não por outro motivo Cancio Meliá define esta forma de identificação do inimigo como típicas dos modelos penais de autor:

(...) a) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino demoniza determinados grupos infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor.¹³

A probabilidade, mesmo genérica do dano, legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta (antecipação da punição), à supressão das garantias processuais (v.g. incomunicabilidade e ausência de publicidade) e à imposição de sanções desproporcionais de caráter inabilitador (preventiva de condutas futuras). Com o abandono permanente das regras, o inimigo não poderia usufruir os ‘benefícios’ próprios do conceito de pessoa.

Lembra Bitencourt que a política criminal funcionalista “(...) sustenta, como modernização no combate à ‘criminalidade moderna’, uma mudança semântico-dogmática: ‘perigo’ em vez de dano; ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; ‘abstrato’ em vez de concreto; ‘tipo aberto’ em vez de fechado; ‘bem jurídico coletivo’ em vez de individual etc.”¹⁴ Todavia, para além da modificação na linguagem dogmática, os efeitos da flexibilização dos princípios estruturais do sistema penal são pulverizados para toda a cadeia de interpretação, aplicação e execução das normas, reduzindo a capacidade do direito como regulador das violências desmedidas, públicas e/ou privadas.

Ao avaliar as tendências normativas contemporâneas, Jakobs visualiza inúmeros exemplos de adoção do direito penal do inimigo:

(...) el legislador por permanecer primero en él ámbito del derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente de este modo— de lucha, por ejemplo, en

¹² Importante perceber a categoria “terrorismo”, desde o ponto de vista do direito penal, como um *tipo aberto*, ou seja, como um elemento conceitual indefinido, semanticamente lacunoso e sem qualquer precisão de suas características configuradoras. Neste sentido, lembram Riquert e Palacios que “entre esas expresiones que dificultan una total hegemonía – si algo así fuera posible – podríamos incluir a lo que desde los centros de poder llaman ‘terrorismo’ y que es tan difuso e indefinido que lo debemos entrecomillar (...)” (RIQUERT & PALACIOS, *El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*, p. 03)

¹³ CANCIO MELIÁ, *‘Derecho Penal’ del Enemigo?*, p. 93/4. No mesmo sentido, Eduardo Demetrio Crespo: “(...) cabe afirmar que el llamado ‘derecho penal del enemigo’ toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como ‘derecho penal de autor’” (CRESPO, *‘Del Derecho Penal Liberal’ al ‘Derecho Penal del Enemigo’*, p. 50).

¹⁴ BITENCOURT, *Princípios Garantistas e a Criminalidade do Colarinho Branco*, p. 123.

el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de “delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas”, así como, en general, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, pero no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro (...).¹⁵

A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de ‘grupos terroristas’ para agregar as demais ‘organizações criminosas’ organizadas, fornece condições de expansão das malhas de punitividade com a radical ruptura dos sistemas de garantias. A beligerância do discurso penal do inimigo transpõe as ações de desrespeito aos direitos exercidas pelas agências repressivas (ilegalidades toleradas), do plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaços para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).

Neste quadro de apontamento de exceções que se tornam duradouras, a categoria normatizada ‘organizações criminosas’ adquire fundamental importância, visto ser o conceito que possibilitará agregar sob o mesmo estilo repressivo condutas absolutamente diversas como ‘terrorismo’, comércio de drogas ilícitas, imigração ilegal, tráfico de pessoas e de órgãos, crimes econômicos entre outros.

Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade próprios da criminologia etiológico-positivista, e ao destituir seus componentes do *status* de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. Apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a idéia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção policial.

3. O Direito Penal do Inimigo como Discurso de Legitimação da Punitividade no Estado de Permanente Exceção.

A Constituição, ao regulamentar a defesa do Estado e das instituições democráticas, elenca duas possibilidades de Estado de Exceção: o Estado de Defesa (art. 136, CR) e o Estado de Sítio (art. 137, CR). Em ambos os casos, a

¹⁵ JAKOBS, Derecho..., pp. 38-40.

excepcionalidade é argüida para preservar ou restabelecer a “ordem pública” e a “paz social”, ameaçadas por fatores internos (v.g. instabilidade institucional), externos (v.g. declaração de guerra ou agressão armada) ou causas naturais. Nestes casos limites previstos em lei, os decretos que estabelecem os Estados excepcionais determinam o tempo de sua duração, as medidas coercitivas a vigorarem e as garantias constitucionais que ficarão suspensas no período (v.g. art. 136, § 1º e art. 138, *caput*, CR).

Tem-se, portanto, que a idéia constitucional de excepcionalidade é regulamentada formal e materialmente, ou seja, com restrições de caráter quantitativo (temporal) e qualitativo (direitos suscetíveis de suspensão), sendo apenas em hipótese de guerra declarada e permanente que tais critérios poderiam ser ampliados.¹⁶

A previsão constitucional, com definição taxativa dos critérios, permite adequar os Estados de Sítio e de Defesa aos princípios do Estado de Direito, isto é, fixa limites para considerar, mesmo a exceção, situação regulada a partir de determinados postulados.

No entanto, para além da disciplina constitucional de eventos episódicos de desestabilização das Democracias, nota-se a constante tendência dos Estados contemporâneos em criar eventos excepcionais de modo a garantir uma permanente situação de emergência.

Se na América Latina o discurso de emergência foi constantemente revigorado pelas agências repressivas como instrumento de (re)legitimação das políticas criminais de guerra às drogas, encontrando no ‘crime organizado’ o inimigo visível a ser combatido, na atualidade a exceção ganha contornos de estado de permanência com a adição do discurso de luta contra o terrorismo. Como o poder punitivo é operacionalizado sob a aparência do respeito às regras dos Estados de Direito, mas, em realidade, atua em um vácuo de direito(s), o efeito é a gradual desestabilização das Constituições.

A partir dos eventos de 11 de setembro de 2001, que deflagraram a publicação pelo Governo dos Estados Unidos do *USA Patriot Act* (26 de outubro) e das demais *Military Orders*, a estabilização da exceção não regrada parecer ser o novo fato da política criminal planetária.

Os ataques terroristas em Nova Iorque (2001), Madrid (2003) e Londres (2005), evidenciaram a existência de riscos incapazes de serem previstos, ou seja, que escapam à prevenção estratégica típica da racionalidade ilustrada. A incontornabilidade de atos de violência cuja característica é a descontinuidade temporal e espacial expõe como irreal a principal promessa da modernidade: segurança. A instabilidade produzida pelos eventos terroristas na forma de gestão

¹⁶ Veja-se, por exemplo, a questão da determinação temporal. O prazo determinado pela CR para perdurar os Estados de Sítio e de Defesa é de, no máximo, 30 dias, podendo ser prorrogável uma vez por igual período (art. 138, § 2º e art. 138, § 1º, CR), e somente em casos de guerra declarada poderá ser indeterminado.

da criminalidade pelas agências estatais de repressão potencializa medos, tornando vulneráveis as conquistas da própria Democracia, sobretudo no que tange ao respeito aos direitos fundamentais.

Na tensão entre a crise de segurança (individual), vivenciada pela sociedade que se vê cada vez mais como vítima em potencial, e a crise da segurança (pública), apresentada pela incapacidade dos órgãos de Estado de administrar minimamente os riscos, tentações autoritárias brotam com a aparência de serem instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser um preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a serem suprimidos integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de um outro considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como “ninguém” (não-ser).

Ao reconstruir a política do século passado e ao avaliar as medidas atuais contra o terrorismo, Giorgio Agamben percebe a tendência na política contemporânea de apresentar o Estado de Exceção como paradigma de governo, operando o deslocamento de medidas provisórias e excepcionais para técnicas de administração pública. Sustenta o autor que a criação de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.¹⁷

Importante perceber, pois, que o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos de segurança pública e não como seu freio. Assim, dado o papel essencialmente repressivo que adquirem os Estados na atualidade, fato que levou inclusive a sua ressignificação e adjetivação como Estado Penal,¹⁸ os históricos instrumentos de contenção das violências públicas (direito e processo penal) são convertidos, com a ruptura do seu sentido garantidor, em mecanismos agregadores de beligerância.

¹⁷ AGAMBEN, Estado..., p. 13. A partir da avaliação do Estado nazista, com publicação por Hitler do “Decreto para a Proteção do Povo e do Estado”, uma de suas primeiras medidas, Agamben sustenta que o “totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, parecem não integráveis ao sistema político” (AGAMBEN, Estado..., p. 13).

¹⁸ Neste sentido, conferir WACQUANT, *As Prisões da Miséria*, pp. 77-152; WACQUANT, *Punir os Pobres*, pp. 53-98; BAUMAN, *O Mal-estar da Pós-modernidade*, pp. 49-90; BAUMAN, *Globalização*, pp. 111-137; e CARVALHO, *A Ferida Narcísica do Direito Penal*, pp. 179-212.

Como a punitividade deve(ria) ser entendida como fenômeno essencialmente político (Tobias Barreto¹⁹), o discurso penal, ao invés de operar na legi-timação do processo bélico de coisificação do outro, necessariamente deveria servir como barreira de contenção da violência desproporcional. No entanto a retórica da emergência repressiva de sacrificialização dos direitos em nome do bem maior ‘segurança’ expressa a gradual tendência de ofuscar os limites entre os poderes, rompendo com a idéia de sistemas de controle (freios e contrapesos) dos excessos punitivos. Neste quadro, o Poder Judiciário, portador por excelência do discurso de garantias do direito penal, estaria agregado aos demais Poderes (repressivos), objetivando a capacitação e a legitimação da exceção, ofuscando a potencialidade de limitação das violências inerente ao discurso penal da modernidade (funções declaradas).²⁰

A inseparabilidade entre os poderes qualifica a constância do Estado de Exceção, gerando um círculo vicioso segundo o qual as medidas autoritárias que se justificam como idôneas para a defesa das Constituições democráticas são aquelas que levam a sua ruína, pois não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição.²¹

A tese central de Agamben²² é que os atuais Estados de Exceção se colocam em uma zona de anomia, num espaço vazio de direito em que as determina-ções jurídicas são desativadas. O não-lugar absoluto geraria espécie de

¹⁹ Tobias Barreto, em um dos mais clássicos textos da literatura penal brasileira, sustenta: “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”. Desloca, pois, o eixo de análise da pena do direito penal para os aparelhos repressivos, capacitando este (direito penal) à sua limitação (BARRETO, *Fundamentos do Direito de Punir*, p. 650).

²⁰ Interessante estudo sobre o papel do Poder Judiciário na legitimação da exceção permanente é realizado por Geraldo Prado. O autor, partindo das regras de limitação de direitos previstas constitucionalmente em casos de decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, avalia a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Constata que em casos de imputação de crime organizado (no *leading case*, crimes econômicos), as Cortes determinam, na constância democrática, restrição de direitos fundamentais (v.g., direito à intimidade e à vida privada limitados por interceptações telefônicas) superiores àquelas que seriam permitidas nas situações de emergência elencadas pela Carta Maior (PRADO, *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, pp. 34-43).

²¹ Agamben que “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura” (AGAMBEN, *Estado...*, p. 19). O refinamento na centralização do poder geraria o paradoxo do círculo vicioso apontado por Friedrich: “não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição (...). As disposições quase ditatoriais dos sistemas constitucionais modernos, sejam elas a lei marcial, o estado de sítio ou os poderes de emergência constitucional, não podem exercer controles efetivos sobre a concentração dos poderes. Conseqüentemente, todos esses institutos correm o risco de serem transformados em sistemas totalitários, se condições favoráveis se apresentarem” (FRIEDRICH, *Apud AGAMBEN, Estado...*, p. 20).

²² AGAMBEN, *Estado...*, pp. 78-80; 130-133.

“grau zero” da lei no qual os direitos estariam suspensos (vigência sem aplicação) e submetidos a uma força que transformaria o sistema jurídico-político em uma máquina letal.

O desenvolvimento atual de sistemas repressivos na intermitência sombria entre democracia e autoritarismo parece explicar a aproximação entre o Di-reito Penal do Inimigo e a idéia do Estado de Exceção permanente. A hipótese ganha relevo ainda maior se atrelada com a volatilidade de conceitos como ‘criminalidade organizada’ e ‘terrorismo’. Assim, importantes as lições de Riquert e Palacios quando sustentam que:

(...) el mega concepto ‘criminalidad organizada’, pilar básico de la justificación a la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, incluye desembozadamente a la llamada ‘lucha contra el terrorismo’, la ‘lucha contra el narcotráfico’ y la ‘lucha contra el inmigrante ilegal’. Es decir, aquellas luchas – en teoría – excepcionales por la ‘emergencia’ o por lo ‘anormal’ de las mismas por las cuales la ‘civilización occidental’ busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado sus más preciadas ‘conquistas’ tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesal penal liberal que se basa en el respecto a tales derechos humanos.”²³

4. O Inimigo (Perigoso) como Meta-Regra Orientadora da Atuação das Agências Penais na América Latina

A interpretação e aplicação das regras do direito e do processo penal, como amplamente demonstrado pela crítica criminológica e dogmática, escapam aos limites das normas legais. Sobretudo quando se trata de criminalização secundária, ou seja, durante a eficaz incidência das instituições penais na captura do indivíduo selecionado, inúmeros signos interpretativos *praeter* e *citra legem* im-põem-se como determinantes, pautando as estratégias de punitividade.

Na história dos sistemas penais, o marco teórico de definição das meta-normas que direcionarão as agências administrativas (Polícia e Ministério Público), judiciais (Magistrados singulares e Tribunais) e executivas (Agentes Penitenciários), será a formulação do tipo ideal de criminoso pelo positivismo criminológico. Na América Latina, o pensamento etiológico configurou a sistemática de gestão da criminalidade no último século, cujo legado ainda persiste com vigor, fundamentalmente no que tange à repressão da criminalidade de massas.

Os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da persecução, sobretudo das polícias²⁴, como direcionam o raciocínio judicial²⁵ na

²³ RIQUEERT & PALACIOS, *El Derecho...*, p. 02.

²⁴ Neste sentido, conferir BACILA, *Estigmas como Meta-Regras da Atividade Policial*, pp. 38-72; 183-328.

²⁵ “Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela

eleição das inúmeras variáveis entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção.

Todavia, se o estigma tradicional do tipo ideal positivista sustentou a atuação das agências repressivas durante a formação dos sistemas penais latino-americanos, a partir da década de oitenta, com a incorporação das formas de criminalidade organizada pelo direito penal, ocorre ressignificação nas meta-regras pela vivificação da idéia de inimigo no narcotraficante. Assim, se tradicionalmente o inimigo objeto da repressão penal era aquele que atuava de forma difusa (criminalidade de massas), atualmente é percebido nos agentes da criminalidade organizada.²⁶ Característica comum deste estado de inimizado, nas políticas de repressão à criminalidade de massas ou organizada, é a vulnerabilidade do sujeito à qualificação ou adesão do estigma da *periculosidade*.

Juarez Cirino dos Santos, sob o enfoque da Criminologia Radical, nota que “uma Política Criminal de ‘proteção da sociedade contra o crime’ como foco dirigido para o indivíduo criminoso, submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado ‘perigoso’, mesmo que acene com um Direito Penal ‘humanizado’ pela ‘ciência do crime e do criminoso’, não deixa de constituir a forma mais acerbada de violência repressiva (...)”²⁷. A constatação permite concluir a constância das práticas punitivas violentas nos países da América Latina e sua exacerbação no permanente Estado de exceção proposto na fundamentação teórica do Direito Penal do Inimigo.

A ressignificação do inimigo, não apenas como meta-regra mas sendo alçado a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal, se sintoniza com o projeto político criminal de beligerância. Nos países periféricos latinos, face às inconsistências de percepção do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico abre espaço para a recepção do estigma legitimador do direito penal de emergência. Neste sentido, lembra Alejandro Aponte ser a alteração da programação penal experiência perceptível:

(...) en Colombia la criminalización del estado previo constituye una tendencia, particularmente en el derecho penal de la emergencia, en cualquiera de sus múltiples versiones: justicia sin rostro, legislación especializada contra el crimen organizado, o legislación anti-terrorista.²⁸

extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito provoca no espírito do juiz (...)” (BRUM, *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 72).

²⁶ Para precisa diferenciação entre a criminalidade de massas e a criminalidade organizada, conferir BITENCOURT, *Princípios...*, pp. 123-125; HASSEMER, *Três Temas de Direito Penal*, pp. 56-85 e HASSEMER, *Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*, pp. 41-68.

²⁷ SANTOS, *As Raízes do Crime*, p. 51.

²⁸ APONTE, *Derecho...*, p. 13., Sobre a supressão das garantias processuais fruto da assunção dos discursos de emergência, nos países centrais e periféricos, conferir a ampla investigação realizada por CHOUKR, *Proceso...*, pp. 71-208. Sobre a experiência paradigmática da Itália, conferir FERRAJOLI, *Diritto...*, p. 844-877.

Resta, entretanto, importante interrogante a ser enfrentado: se é realmente necessário para garantir segurança a cisão do direito penal com o estabelecimento de diferentes formas de atuação para os cidadãos e os não-cidadãos (inimigos), e em sendo a cidadania na América Latina *status* de difícil atingimento, ou seja, condição de poucos privilegiados, não se estaria relegando ao grande contingente populacional o papel de incômodos a serem eliminados pela força bélica das agências de punitividade?

A resposta parece não poder ser outra que aquela proposta por Nilo Batista: “a substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e freqüentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal (...). Neste sentido, podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue.”²⁹

5. Considerações Finais: O Mal-Estar na Política Criminal Contemporânea

O combate ao narcotráfico e ao crime organizado, no marco do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de exceção permanente, dirime as fronteiras entre as políticas de segurança e o direito penal. O problema, desde a perspectiva do garantismo, é que o direito e o processo penal devem representar as barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva. Do contrário, se operarem na legitimação e não na deslegitimação da violência, a tendência é o extravasamento e a perda do controle do poder.

A oposição entre segurança e garantismo, neste contexto, talvez seja uma das maiores falácias servidas ao público consumidor do direito penal. Não existe dicotomia entre a manutenção dos direitos e garantias individuais e a criação/manutenção de sistemas democráticos de controle da criminalidade. O choque de perspectiva somente pode ser real se se optar por modelos persecutórios autoritários.

Lógico, contudo, que se pode perceber, pela assunção acrítica e pela naturalização do fenômeno da emergência como regulador da normalidade, o apego ao autoritarismo e a *vontade de punitividade*, tanto pelos operadores das agências penais quanto pelo seu público espectador (senso comum teórico, *every day theories*). O desejo generalizado de punição realiza o velamento da percepção de que o processo de construção da democracia é lento e sutil, instaurando, na

²⁹ BATISTA, Política Criminal com Derramamento de Sangue, p. 92.

realidade dura da programação repressiva, uma democracia de superfície capturada pela densidade punitiva.

O contexto atual pode ser interpretado a partir da crença moderna na ciência (penal) e na pretensão da racionalidade do *logos* punitivo. A confiança na capacidade da tecnologia penal solucionar problemas como o das drogas e do terrorismo (narcisismo penal)³⁰ obtém como resultado a maximização incontrolável e a generalização desmesurada da repressão.

Importante, neste quadro, verificar com Zaffaroni que “una Política Criminal, que sueñe con que su objetivo sea la erradicación será absurda, porque el delito, en su contenido concreto, es un concepto cultural y, por ende, relativo, históricamente condicionado. Siempre habrá delitos, siempre habrá conductas jurídicamente prohibidas y reprochables”³¹.

Resta, pois, lembrar que é nos momentos de desestabilidade que a reafirmação das conquistas da civilização torna-se fundamental, não havendo outra saída para a crise senão transformá-la em ação crítica.

Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. SP: Boitempo, 2004.
- APONTE, Alejandro. *Derecho Penal de Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (51). SP: RT, 2004.
- BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como Meta-Regras da Atividade Policial*. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná para obtenção do título de doutor. Curitiba, 2004.
- BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. Revista dos Tribunais (727). SP: RT, 1996.
- BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*. Discursos Sediciosos (05/06). RJ: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. SP: Zahar, 1999.
- _____. *O Mal-estar da Pós-modernidade*. SP: Zahar, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios Garantistas e a Delinqüência do Colarinho Branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (11). SP: RT, 1995.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. SP: RT, 1980.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo*. *Derecho Penal Contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2003.
- _____. *‘Derecho Penal’ del Enemigo?* JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- CARVALHO, Salo. *Tântalo no Divã*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (50). SP: RT, 2004.

³⁰ Neste sentido, conferir CARVALHO, *A Ferida...*, pp. 179-212.

³¹ ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p. 22.

- _____. A Ferida Narcísica do Direito Penal. GAUER, Ruth. A Qualidade do Tempo. RJ: Lumen Juris, 2003.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. RJ: Lumen Juris, 2002.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Del Derecho Penal Liberal' al 'Derecho Penal del Enemigo*. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2004/a.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. POA: ESMP, 1993.
- _____. Perspectivas de uma moderna Política Criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais (08). SP: RT, 1994.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*.
- JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- MOORE, michael. *Stupid White Men*. 7. ed. SP: Francis, 2003.
- PRADO, Geraldo. Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. RJ: Lumen Juris, 2005.
- RIQUERT, Fabián L. & PALACIOS, Leonardo P. *El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*. *La Ley* (03). Mar del Plata, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. RJ: Zahar, 2001.
- _____. *Punir os pobres*. RJ: ICC/Freitas Bastos, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio R. Política Criminal Latinoamericana: perspectivas y disyuntivas. Buenos Aires: Hammurabi, s/d.