
“O DIREITO PENAL DO INIMIGO” E “A CONTROVÉRSIA”

“*Enemy Criminal Law*” And “*The Controversy*”

Maurício Stegemann Dieter*

RESUMO: Este artigo apresenta uma crítica ao discurso do *Direito Penal do Inimigo* – na forma particular e original em que é apresentado por Gunther Jakobs – à luz da obra “A Controvérsia”, de Jean-Claude Carrière. De fato, parece razoável a analogia entre os argumentos invocados para defender o direito de oprimir e explorar os indígenas do Novo Mundo no séc. XVI e os utilizados para sustentar a necessidade de um direito penal capaz de lidar com ameaças extremas a partir da exceção de regras básicas do jogo democrático.

A proposta de JakobS permite – ainda que apenas em cenários hipotéticos de extrema gravidade – a violação de garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. Por isso, é preciso refutar decisivamente e sob os mais diversos ângulos seus argumentos, que aumentam o alcance do poder punitivo ou retiram-lhe as amarras discursivas. Parece razoável que uma tal crítica tenha por ponto de partida a literatura.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo; Teoria Crítica; Direito e Literatura.

ABSTRAT: This article intends to present a critic to the “Enemy Criminal Law” theory – the particular and unique form that is presented by Gunther Jakobs – through the novel “The Controversy of Valladolid”, written by Jean-Claude Carrière.

Indeed, it seems plausible the analogy between the arguments brought to sustain the right to oppress and explore the natives of the so called “New World” in the XVI century and those used to justify a criminal law necessity able to deal with terrific threats through the basic rules exception of the democratic organization.

Jakobs’s theory allows – even if only in great hazard hypothetical scenarios – the fundamental rights violation of the democratic law State. Therefore, it’s required refute decisively and under the most different angles of approach this pleas, that enlarges the punishment power or release their discursive fetters. It seems reasonable that such a critic starts also in literature.

KEYWORDS: *Enemy Criminal Law; Critical Theory; Law and Literature.*

INTRODUÇÃO

O ensaio tem por objetivo desenvolver uma crítica ao discurso do *Direito Penal do Inimigo* – na forma particular e original em que é apresentado por Gunther Jakobs – à luz da obra “A Controvérsia”, de Jean-Claude Carrière.

O referencial teórico é a possibilidade de analogia entre os argumentos invocados para defender o direito de oprimir e explorar os indígenas do Novo Mundo no séc. XVI e os utilizados para sustentar a necessidade de um direito penal capaz de lidar com ameaças extremas a partir da exceção de regras básicas do jogo democrático.

O sentido da crítica parte da constatação de Massimo Pavarini de que embora a proposta de Jakobs se apresente como descrição, no pouco que prescreve coloca em risco todo o Estado Democrático de Direito. Por isso, é preciso refutar de modo contundente e sob as mais diferentes perspectivas os argumentos que ampliam o alcance do poder punitivo ou retiram-lhe os freios retóricos¹. Por certo, a literatura tem importante papel a cumprir neste propósito.

* Mestre e doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal e Universidade Federal do Paraná. Pesquisador-convidado do Instituto Max-Planck (Freiburg). Professor de graduação e pós-graduação de Direito Penal e Criminologia em diferentes instituições de ensino superior e advogado criminal em Curitiba. E-mail: mauriciodieter@yahoo.com.br

¹ A reflexão foi desenvolvida no curso do Prof. Máximo Pavarini ministrado no Curso de Altos Estudos da CAPES/PROEX, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no mês de agosto de 2008.

Como ressalva, oportuno frisar que a análise a seguir apresentada reduz sensivelmente a teoria de Jakobs e a novela de Carrière aos pontos que interessam ao propósito crítico do ensaio, isto é, mostrar que possibilidade de reconhecer uma distinção originária entre *européus e indígenas e cidadãos e inimigos* é um exercício intelectual indigno. Não há, portanto, pretensão de esgotar os temas aqui anunciados.

A reflexão segue o seguinte roteiro: primeiro, relata de modo geral os aspectos centrais da proposta de Jakobs para um *Direito Penal do Inimigo*; segundo, contextualiza e destaca a linha de raciocínio de um dos principais personagens do romance de CARRIÈRE – a saber, o filósofo Sepúvelda – em torno de um debate sobre a natureza humana do índio; finalmente, pondera criticamente as semelhanças entre os discursos para desvelar o que há de comum – e perverso – entre eles.

1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O fundamento filosófico e político inicial do *Direito Penal do Inimigo* proposto por Gunther Jakobs remete às teorias contratualistas do Estado de Rousseau e Fichte, segundo as quais aqueles que cometem crimes estão imediatamente excluídos dos direitos assegurados pelo pacto social, porque seus atos vão de encontro ao próprio sentido da proteção estatal (JAKOBS, 2005, p. 25-26).

Entretanto, julgando ser excessivamente abstrata e radical esta perspectiva, atenua seu ponto de vista para considerar – agora em referência a Hobbes – que a perda (possível) do “status” de *cidadão* não acontece para todos os criminosos, mas apenas para aqueles que cometem delitos definidos como de “alta traição”, ou seja, condutas absolutamente incompatíveis com o sistema de poder dominante. Para complementar esta perspectiva – já na companhia de Kant –, Jakobs apela para o sentimento de insegurança que seria provocado por pessoas ou povos que vivem à margem do discurso jurídico oficial (opondo-se ao “modo de vida comum”) como justificativa para exigir que se submetam ao ordenamento ou que se retirem da vida em comunidade² (JAKOBS, 2005, p. 27-28 e 228-229).

Na síntese dos dois últimos pensadores, o penalista alemão conclui no sentido de que desviantes “persistentes” – isto é, aqueles que delinquem “por princípio” – devem perder o *status* de pessoa perante o Direito, porque colocam em risco o “sentimento de segurança” de todos os cidadãos, amálgama de toda vida social (JAKOBS, 2005, p. 30).

O Direito Penal do Inimigo, portanto, se desenvolve em torno da distinção entre cidadãos – definidos como pessoas racionais adequadamente socializadas – e inimigos – descritos como indivíduos de personalidade perigosa. Por um lado, o cidadão é titular de direitos e deveres constitucionalmente garantidos e por isso face às pretensões punitivas do Estado lhe socorrem todas as normas de proteção individual do Estado Democrático de Direito. Por outro, o inimigo é destituído de plena proteção legal e por isso estes direitos são válidos apenas na medida em que não dificultam a eliminação do perigo que sua existência simboliza para a vida em sociedade. Assim, o Direito Penal do Inimigo pressupõe qualidade

² Isto é, os marginalizados devem ser expulsos, confinados ou eliminados.

especial do acusado que autoriza tratamento normativo desigual, reformulando um já abandonado *direito penal do autor* (JAKOBS, 2005, p. 51).

Os *inimigos* são, nesta perspectiva, *infiéis* ao ordenamento jurídico: deles não se espera, ao contrário do *cidadão*, fidelidade normativa³ (JAKOBS, 2003, p.54; 2005, p.36-37).

Sua personalidade hostil não oferece “garantia cognitiva” de um comportamento futuro conforme a norma e isso os torna, nas palavras do autor, simples “fontes” ou “focos de perigo” – “não-pessoas” – que devem ser eliminadas (JAKOBS, 2003, p. 54 e 58 ; 2004, p.43-46 e 68).

Evidentemente, não haveria sentido castigar estes “autores por convicção” para reafirmar a validade de uma norma – vez que a rejeitam “por princípio” – sendo o objetivo da punição apenas “neutralizá-los”⁴ (JAKOBS, 2004, p.46; 2005, p. 31). E se a sanção aplicada a estes indivíduos não compartilha das funções declaradas atribuídas à pena criminal, sua cominação prescinde do exame da culpabilidade e demais requisitos legais, para ser calculada conforme a “perigosidade” do sujeito e acrescida do *quantum* necessário para restabelecer simbolicamente plenitude da expectativa normativa violada (JAKOBS, 2003, p.55).

A tal ponto vai essa distinção que Jakobs sequer a denomina “pena”, referindo-se a este ato de violência estatal como “custódia de segurança”⁵ (JAKOBS: 1998, p.34; 2005, p.31).

O método proposto para identificar os inimigos consiste em observar os autores de certos tipos legais que, por seu critério de criminalização, seriam capazes de revelar a existência de personalidades perigosas. Entre estes tipos, são exemplos os crimes sexuais e contra a ordem econômica, a comercialização de entorpecentes, a prática de atos terroristas ou aqueles realizados por meio de organizações criminosas (JAKOBS, 2004, 44-45; 2005, p.39).

Todavia, o perigo da realização material de qualquer um destes crimes tornaria necessária a antecipação da tutela penal contra estes sujeitos, adotando-se estratégias preventivas que ignoram a presunção de inocência como única forma de evitar mal futuro e certo. Não por outro motivo, os crimes próprios do *inimigo* estão frequentemente previsto como tipos de “perigo abstrato” (JAKOBS, 2005, p.39-42).

Logo, bastaria “planejar” um destes delitos para “voluntariamente” renunciar à personalidade jurídica, autorizando o Estado a ignorar os direitos fundamentais – descritos no texto como “benefícios” – para garantir a “segurança pública” sem maiores objeções⁶. Somam-se à esta ampla antecipação da punibilidade o aumento das penas cominadas e a supressão de diversas garantias processuais contra o acusado-*inimigo* (JAKOBS, 2004, p.44).

A proposta de Jakobs depende, como um todo, da existência convincente de uma ameaça capaz de colocar em risco o Estado Democrático de Direito, a ponto de exigir a exceção

³ Essa aproximação “religiosa” do *inimigo* também fica evidente quando Jakobs o define como aquele que se comporta permanentemente como um “diabo” – supondo ser o paraíso o conjunto abstrato das expectativas normativas de comportamento.

⁴ As técnicas de neutralização, entretanto, são deixadas ao arbítrio do poder, aparentemente por conveniência.

⁵ No que se aproxima da medida de segurança, embora sua execução renuncie a qualquer fim terapêutico.

⁶ Impossível não perceber a contradição essencial à proposta de Jakobs; se o inimigo é aquele que mostra disposição recalcitrante em violar a ordem jurídica, assim o fazendo por repetidas manifestações de conduta, como poderia ser legítimo antecipar a tutela penal quando ainda não existem manifestações concretas de condutas contrárias a um bem jurídico protegido? Isso evidencia – caso ainda se precise de evidência – que o inimigo não é definido conforme seu comportamento, de forma objetiva, mas subjetivamente, sendo identificado por estereótipos e idiosincrasias que disparam meta-regras punitivas, o que é próprio de um direito penal do autor: não se pune o indivíduo pelo que fez (até porque, em muitos destes casos, sequer haveria tentativa punível) mas pelo que é. Assim, o Direito Penal do Inimigo depende de meras hipóteses, projeções, prognoses, expectativas de comportamento futuro: vive deslocado no tempo; não é deste mundo, apesar do que sustenta o autor.

de seus fundamentos básicos como condição de sua preservação⁷; e o autor vai identificar esse elemento imprescindível para legitimar suas teorizações na recente “ameaça terrorista”, cuja realidade poderia ser comprovada pelo ataque ao “World Trade Center” em 11 de setembro de 2001⁸ (JAKOBS, 2005, p. 40-41 e 46-47).

Vítimas do fantasma do terrorismo e das demais fontes de insegurança da vida moderna, as sociedades contemporâneas são então definidas como zonas de risco⁹ aptas a requerer de cada um de seus membros um compromisso pessoal com a ordem normativa, do qual é preciso dar contínuas mostras: poucos deslizes são tolerados no contexto de uma “guerra ao terror” (JAKOBS, 2004, p.42-43).

Em última análise, é pelo argumento da guerra que se legitima toda a violência institucional proibida pelo Estado Democrático de Direito – convertido em “Estado de Guerra”. Não por outro motivo, em um dado momento o autor foi obrigado a descrever o *Direito Penal do Inimigo* como tentativa de “regulamentação da guerra” pelo Direito Penal e Processual Penal, referindo-se a uma situação ambígua descrita como “guerra contida” (JAKOBS, 2004, p.45-46; 2005, p.41).

Fato é que JAKOBS demonstra genuíno interesse nesta dificuldade de viabilizar a paradoxal supressão de elementos do ordenamento jurídico de forma “juridicamente ordenada”, ou seja, do desafio de suspender o ordenamento em certos casos sem destruí-lo como um todo. Mas se por um lado insiste na necessidade de “delimitação” do *Direito Penal do Inimigo* (especialmente para evitar que se misture do Direito Penal do Cidadão), por outro é absolutamente incapaz de oferecer uma resposta consistente¹⁰ (JAKOBS, 2004, p.43; 2005, p.46 e 64).

Para encerrar, naquilo que interessa ao referencial teórico deste ensaio, é suficiente ter em mente a seguinte síntese do que foi exposto: a proposta reacionária¹¹ de JAKOBS de um *Direito Penal do Inimigo* demanda a diferenciação dos seres humanos em categorias distintas para legitimar práticas punitivas desiguais, com o objetivo de manter a ordem jurídica apesar de suas contradições em nome de uma ameaça indefinida. Com esta consideração em vista, pode-se agora avançar para o tópico seguinte.

2 A CONTROVÉRSIA

A conquista e o início da colonização da América do Sul por espanhóis no século XVI é o pano de fundo do livro de Jean-Claude Carrière, que narra com liberdade poética a famosa

⁷ Se bem a crítica à proposta de Jakobs desenvolvida neste artigo cinge-se às comparações possíveis com a novela de Carrière, não se pode deixar de fazer referência a ensaio de Giorgio Agamben “Estado de Exceção”, que fornece elementos para uma crítica muito mais profunda ao argumento da exceção no Estado Democrático de Direito.

⁸ Fato que aparece no texto de forma bastante ingênua, para dizer o mínimo, como se pode comprovar no texto.

⁹ Nas quais as questões de segurança são debatidas diuturnamente, e cuja capacidade de resistência contra essa indizível ameaça é “questionável”, conforme o autor.

¹⁰ Embora o autor defina que existem limites para a reação do Direito Penal contra o inimigo, deslocará a possibilidade de definir esse limite para um cálculo sobre a necessidade de violar este ou aquele direito do acusado em cada caso. Mas se cabe ao próprio Estado definir quais ações são necessárias – isto é, se cabe ao algoz definir o que lhe é permitido para vingar-se – a limitação proposta é risível, e não pode ser considerada uma resposta.

¹¹ Para que não pareça exagerada a alcunha de “reacionária” aqui atribuída a teoria de Jakobs recomenda-se a leitura do excerto no qual o autor exalta valores patrióticos, familiares e religiosos como porto-seguro das expectativas de comportamento em sociedades passadas, agora colocadas em risco pelo pluralismo cultural que aumenta o número de inimigos potenciais (!).

“controvérsia de Valladolid”, cujo fim era determinar se a condição humana do indígena era ou não semelhante à dos conquistadores europeus, para saber se legítimo aos olhos de Deus sua escravização (CARRIÈRE, 2003, p.7).

O debate realizado em 1550 por ordem do rei da Espanha Carlos V opôs o padre dominicano Bartolomeu de Las Casas ao filósofo Gines de Sepúlveda. O estopim do debate – ou o pretexto para discutir a “questão maior” – é a proibição da publicação na Espanha do trabalho “*Democrates alter, sive de justis belli causis*” de Sepúlveda, que legitimava o domínio dos europeus sobre os indígenas e a exploração violenta de sua força de trabalho a partir da lógica aristotélica. O veto contra o livro foi dado pelos dominicanos das universidades de Alcalá e Salamanca, que julgaram o texto “perigoso” e contrário à tradição apostólica. Sepúlveda, apoiado na influência política e econômica dos diversos setores da sociedade que se interessavam pelo reconhecimento oficial de suas teses, pressionou e conseguiu a reunião de uma comissão de teólogos para decidir se o escrito deveria ou não ser publicado. Essa disputa é de capital importância porque “se o clero espanhol, observado pelo papado, autorizar a publicação de *Democrates*, implicitamente também estará aceitando suas assustadoras conclusões” (CARRIÈRE, 2003, p.25-26).

Como mediador do evento é nomeado pelo Papa o cardeal Roncieri, investido pelo Santo Padre do poder para decidir sobre a humanidade dos escravos. Oficialmente, às vésperas do encontro, a posição da Igreja é a mesma sustentada desde o começo da exploração: deve-se dar sempre preferência a um domínio sobre as almas e não sobre os corpos dos nativos, que por seu caráter dócil¹² podem (isto é, devem) ser convertidos ao cristianismo pela força dos argumentos e exemplos, não pela espada¹³ (CARRIÈRE, 2003, p.12-23 e 31).

Em todo caso, o cardeal sabia que qualquer decisão sua sobre a “natureza” do índio determinaria graves consequências: por um lado, seguir sustentando a igualdade entre europeus e índios defendida desde o início enfraqueceria ainda mais a autoridade da Igreja no Novo Mundo, por conta do rotineiro desrespeito de suas orientações e proibições; além disso, tal posição iria de encontro aos interesses econômicos dos reinos católicos da Espanha e de Portugal, aliados fundamentais em época de crise¹⁴; por outro, sustentar a inferioridade humana do índio não apenas contrariaria preceitos bíblicos explícitos como repercutiria negativamente

¹² Impossível resistir neste ponto à lembrança, *mutadis mutandis*, da docilidade como resultado desejável para o máximo aproveitamento das aptidões dos corpos. Índios dóceis são, assim, candidatos perfeitos para o trabalho, restando apenas à Igreja a missão de introjetar neles os valores cristãos que colaboram no processo disciplinar. A referência, por óbvio, segue as reflexões de Foucault, que podem ser lidas entre as páginas 117 e 121 do célebre “Vigiar e Punir”.

¹³ De fato, já em 1492, a primeira bula papal não apenas reconhecia a soberania da Espanha sobre as novas terras ao Oeste como também determinava que os “pacíficos” indígenas deveriam ser levados à fé católica. Entretanto, a bula papal foi ignorada e as notícias da barbárie dos conquistadores contra os indígenas eram cada vez mais frequentes. Em resposta, em 1512 teólogos editaram as “leis dos Burgos”, que reduziam a jornada de trabalho nas “encomiendas” e enfatizavam a necessidade de oferecer uma educação católica aos índios mais jovens. Como os problemas continuaram, e sendo cada vez mais notória a crueldade dos espanhóis, em 1537 a bula “*Sublimis Deus*” anuncia que os índios são dotados de razão e dignidade, e que por isso não devem ser presos arbitrariamente ou privados de seus bens. Apesar desta nova e mais enfática manifestação, nada mudou em relação à violência contra os nativos do outro lado do oceano. Em conclusão, apesar da inequívoca posição da Igreja, suas leis, bulas e advertências eram ridicularizadas pela prática diária da exploração colonial, o que em parte significava certa falta de prestígio de sua autoridade no mundo além-mar.

¹⁴ Não se pode esquecer que no século XVI a Igreja Católica enfrentava grave crise na Europa, sendo suficiente para ilustrar este cenário o início da Reforma Protestante com Lutero e o Anglicanismo promovido por Henrique VIII. Sem dúvida, uma (tentadora) decisão favorável à exploração do indígena alinharia os propósitos dos países colonialistas com a ideologia do Papa e reafirmaria seu poder na Europa.

na imensa rede de fiéis missionários espalhados ao redor do mundo, possivelmente precipitando cismas adicionais fragilizando ainda mais a Igreja Católica¹⁵.

Neste conturbado contexto, tem início o debate em um antigo monastério. Feitas as rezas e súplicas de praxe, o cardeal começa o evento concedendo o direito da palavra para Las Casas.

O frei adota como estratégia inicial narrar em detalhes os horrores praticados contra os nativos pelos espanhóis, na esperança de sensibilizar os teólogos. Todavia, sua linha de argumentação é após algum tempo interrompida pelo cardeal, que associa as barbáries pormenorizadas às consequências normais de uma guerra, que excepcionalmente autorizam a violação da ética cristã¹⁶. Entretanto, Las Casas refuta esta objeção, ressaltando que a guerra contra os índios não é real, sendo invocada pelos conquistadores exatamente porque é capaz de legitimar a violência¹⁷. Dito isto, volta a descrever a crueldade praticada pelos espanhóis. Mas após breve intervalo é novamente interrompido, dessa vez sob pretexto de estar se desviando do ponto central da discussão, qual seja, o de definir a “natureza exata” e “qualidade” dos índios¹⁸. Esta objeção é de refutação mais difícil que a anterior, porque se os índios forem considerados “desalmados” ou “inféis por natureza” (como os mouros), então simplesmente todos estes horrores estarão amparados pela vontade divina, independente da existência ou não de uma guerra. Como resposta, o monge passa a defender que os nativos têm uma alma semelhante à nossa, como demonstrariam sua amabilidade, ingenuidade e inteligência: ao ressaltar seus atributos “humanos”, o objetivo de Las Casas é colocá-los em pé de igualdade com os europeus e com isso, encerra sua primeira participação. Agora é a vez de Sepúlveda falar.

O filósofo começa por diminuir a importância da discussão, retirando-lhe a gravidade: afirma que se trata apenas de discutir a possibilidade de publicar seu livro na Espanha, nada mais. Entretanto, desde cedo, ninguém parece disposto a subestimar o profundo significado da eventual publicação. Neste ponto, Sepúlveda mostra-se cínico¹⁹, porque tira de si a responsabilidade pelas consequências humanas possíveis a partir da interpretação de seu escrito²⁰. Ele mesmo, adiante na discussão, será obrigado a negar esta apologia tentada, para afirmar a simplicidade da questão: ou os índios são iguais a nós, ou são de uma outra espécie – no sentido de uma espécie inferior, por óbvio (CARRIÈRE, 2003, p.150-151).

¹⁵ Afinal, os principais críticos da violência europeia na América eram exatamente os vários monges das mais diversas ordens eclesiais, peças-chave que materializavam a extensão do poder papal nas novas terras, indicando ainda a possibilidade de expansão do catolicismo com o potencial arrebanhamento de inúmeros novos fiéis.

¹⁶ “[...] a imagem de um homem matando seu semelhante – tão comum e tão bem aceita numa guerra, ou simplesmente num saque – tem algo de terrivelmente chocante, de insuportável, quando se trata de um culto, de um ritual qualquer; como se a guerra trouxesse, de fato, para o indivíduo, uma mudança de estado, uma metamorfose do se em que, entre a regra e a exceção, estabelece-se um jogo de outra natureza”. (CARRIÈRE, 2003, p. 87).

¹⁷ A refutação do cardeal, neste sentido, responde Las Casas: “– Guerra? Que Guerra? [...] Esses povos não estavam em guerra conosco! Chegavam até nós sorridentes, a alegria no rosto, curiosos de nos conhecer, trazendo frutas e presentes! Nem mesmo sabiam o que é guerra! E nós lhe trouxemos a morte! Em nome de Cristo!”. (CARRIÈRE: 2003, p.46-47).

¹⁸ Como salienta o cardeal: “– Não estamos aqui para falar da crueldade dos espanhóis, mas para falar sobre a natureza e a qualidade desses indígenas. Compreende?” (CARRIÈRE, 2003, p. 53).

¹⁹ Oportuno aqui fazer referência ao cínico contra o qual DUSSEL dirige sua obra, definido como aquele que pretende justificar uma ordem ética (e, reflexivamente, normativa) fundada na aceitação da morte, do assassinato ou do suicídio coletivo (DUSSEL, 2002, p.144). Idêntica é a conclusão de Las Casas conforme o novelista francês (CARRIÈRE: 2003, p. 171).

²⁰ “– Eu lembro a Vossa Eminência, e aos outros membros da assembleia, que me contento em pedir que seja autorizada a publicação deste livro na Espanha. [...]”

– Mas o senhor não negará [...] que sua obra, se for publicada, pode exercer uma influência determinante sobre os que, justamente, tem como missão promulgar leis. [...]

– Peço apenas a publicação de um livro. “Que esse modesto estudo possa influir nos destinos de um reino, não me cabe julgar.” (CARRIÈRE, 2003, p. 60-61).

A estratégia argumentativa do filósofo é relativamente simples: invocando a convergência entre os desígnios divinos e as recentes realizações dos espanhóis²¹ e reafirmando a superioridade moral, cultural e intelectual do europeu civilizado, ele recorre à Aristóteles (especialmente em sua *Política*) para negar a dignidade dos índios – não, porém, sua humanidade²² – e defender a divisão natural entre os homens: uns nascem para mandar, outros para obedecer, por vontade própria ou pelo uso da força (CARRIÈRE, 2003, p.89)²³.

A “fraqueza física” – diante das doenças europeias – os “vícios morais” e a “cultura rudimentar” dos índios são apresentados como evidência de sua natureza inferior e corrupta, que justifica sua escravidão e extermínio: eles podem até ter aparência humana, mas não são iguais a nós: não são povo de Deus, mas de outra espécie, nascidos para servir (CARRIÈRE, 2003, p.77-78, 89-102 e 150-151)²⁴.

Trata-se de excelente tática retórica, porque o argumento de autoridade²⁵ o coloca em uma posição de poder, habilitando-o a definir aqueles que estão abaixo de sua condição ao mesmo tempo em que conquista a simpatia de seu auditório – afinal, todos compartilham da mesma “posição superior” (CARRIÈRE, 2003, p. 62).

Encerrada esta primeira parte do debate, o saldo final aponta para o célebre “paradoxo da diferença”: é possível ser igual e diferente ao mesmo tempo? Como podem eles ser iguais a nós, sendo tão diferentes? O objetivo de Sepúlveda é facilitar-lhes a conclusão: não sendo iguais, então são inferiores²⁶.

Consciente da vantagem do filósofo, ao reiniciar as atividades Las Casas sabe que não pode negar as diferenças; antes, terá que defender que elas são insuficientes para sustentar uma desigualdade originária em termos de natureza humana. Por isso, vai novamente insistir nas semelhanças entre nativos e conquistadores, especialmente de modo que não seja possível diferenciá-los como “espécie” distinta (CARRIÈRE, 2003, p.112-113 e 133-142)²⁷.

²¹ Referindo-se à recente expulsão dos mouros da Península e facilidade na conquista do Novo Mundo.

²² Assim, Sepúlveda: “ – *Eu não nego a condição humana daquela gente [...] no sentido que Aristóteles a entende, seria um absurdo; afirmo simplesmente que eles estão no patamar mais baixo desta condição, e que a natureza deles difere essencialmente da nossa*” (CARRIÈRE, 2003, p. 94-95).

²³ Vale notar, em todo caso, que nunca esteve em discussão o direito dos europeus de explorar as novas terras: a exploração que coloca em questão a natureza humana dos índios é sempre “lógica”, “natural”, resultado inequívoco da vontade divina. Logo, a questão é viabilizar a manutenção e ampliação deste sistema, e não de transformá-lo, pois não está em discussão as relações de produção, nem interessa compreender como se produzem estruturalmente as vítimas de um sistema de dominação, mas apenas de racionalizar ou tentar limitar as injustiças que ele pressupõe ou mantém.

²⁴ Las Casas não demorará em desvendar o sentido da argumentação de seu adversário, que quer colocar Deus como co-orador de seu discurso, para servir aos interesses e justificar os crimes dos espanhóis a partir de um lugar que não pode ser contestado, pois absoluto. “[...] – Todo o seu discurso parece só ter um objetivo, o de colocar Deus a seu lado, a qualquer preço, mesmo que seja à força. O senhor diz a todo instante: deus guia meus atos, me ajuda a segurar minha espada, nada faço sem ele, pois Ele está comigo. Mas o que leio por trás de tudo isso é bem outra coisa. Eu leio: Deus serve a meus interesses! É o que justifica meus crimes!” (CARRIÈRE, 2003, p. 60-61).

²⁵ Uma das mais comuns e perigosas falácias da lógica e da retórica, como explica um dos maiores cientistas estadunidenses do último século (SAGAN, 1996, p. 210).

²⁶ Sepúlveda é claro neste ponto: índios não são animais, são humanos, porém humanos de uma categoria inferior (CARRIÈRE, 2003, p.157-158).

²⁷ O frei precisa defender a “igualdade que não suprime a diferença” porque sabe que os índios só estarão sob amparo dos mandamentos se forem considerados semelhantes aos espanhóis, como explica no livro (CARRIÈRE, 2003, p. 198-199).

Sepúlveda, ao contrário, volta a sustentar que as diferenças suprimem a igualdade. Primeiro, porque índios são “pecadores”, “fornicadores” e “canibais”: logo, se forem iguais aos europeus, isso significa que o cardeal e os monges presentes no debate compartilham dessa mesma natureza depravada, o que é inaceitável. Segundo, porque sua arte e religião, seus valores e costumes, são primitivos, um sinal evidente de que este povo foi esquecido por Deus (CARRIÈRE, 2003, p. 129).

Novamente, estes argumentos são facilmente incorporados pelos teólogos, até porque a maioria dos responsáveis por julgar o caso nunca pôs os pés na América. Assim, as notícias sobre os hábitos indígenas são aceitas como verdade, por ser mais cômodo: quem decide à distância não escapa do senso comum. Além disso, os teólogos se sentem no direito de emitir juízos de valor depreciativos da cultura “pré-colombiana” porque, no fundo, dividem com Sepúlveda a arrogância de uma superioridade moral sobre aqueles que estão sob seu julgamento²⁸.

Mas Las Casas interrompe o raciocínio de Sepúlveda e consegue, a muito custo, deixar claro que diferenças culturais não podem ser confundidas ou transformadas com condições naturais originárias. Discrepâncias superficiais não podem, em suma, fixar a natureza do homem²⁹. Os teólogos e o cardeal finalmente entendem a advertência – embora aparentemente sem compreender seu pleno alcance – e agora passam a questionar Las Casas sobre características físicas, emocionais e intelectuais dos indígenas, superiores à qualquer diferença cultural: eles sentem frio? Medo? Saudade? Diferenciam o bem do mal? Aceitam a possibilidade de vida eterna³⁰? O rosário de perguntas que se desfia é sintoma desta incapacidade – compreensível, no século XVI – de uma genuína experiência da diferença, isto é, de um exercício de alteridade³¹. Não se pode deixar de notar que durante todo o evento os indígenas são apenas objeto da discussão; em momento algum são consultados, pois não são reconhecidos como interlocutores na controvérsia: não são sequer coadjuvantes da peça que selará o próprio destino.

As atividades são encerradas após a longa discussão. Os teólogos e o cardeal se retiram para refletir e anunciar o parecer final da Igreja, sob a proteção de Deus.

No dia seguinte, o delegado do Papa chega a sua conclusão. Com grande pompa – mas um pouco de insegurança – sentencia que os índios têm espírito e alma imortal como nós e, portanto, devem ser tratados como cristãos, sendo condenada pela Igreja toda prática cruel e desumana contra eles e proibida sua escravização, bem como negado o direito de publicação do livro de Sepúlveda. Las Casas comemora (CARRIÈRE, 2003, p.220).

Nada obstante, imediatamente após a decisão e para a surpresa de todos, arremata: por outro lado, muito distinta é a condição dos negros africanos, indubitavelmente escravos por

²⁸ Assim na discussão sobre um ídolo do deus Quetzalcóatl que Sepúlveda traz aos olhos dos monges. A arte dos índios é considerada “feia”, porque os padrões estéticos europeus não mudam para compreender outra noção de beleza possível e tais critérios unilateralmente definidos sublinham a tese da hierarquia natural, central para o pensamento do filósofo.

²⁹ “– Mas tudo isso não passa de um jogo de linguagem! Estamos engolindo sofismas aqui! Não podemos decidir sobre a natureza dos índios com ardis de filósofo!” (CARRIÈRE, 2003, p.152).

³⁰ Neste ponto o livro narra a apresentação de três índios perante a comissão, trazidos da América a pedido do Cardeal. Os índios são “testados”, fisicamente ameaçados e expostos a uma encenação cômica feita por bobos da corte para que sejam avaliadas suas reações (CARRIÈRE, 2003, p. 154-169 e 176-185).

³¹ “– Eles são sensíveis como nós, conhecem o amor e o medo, os sentimentos mais sutis, mas para enxergá-los, para enxergá-los bem, devemos olhá-los com outros olhos que não os nossos olhos habituais, De outra forma, jamais os veremos como são” (CARRIÈRE, 2003, p. 186-187).

natureza, muito mais próximos dos animais do que dos homens; logo, eles devem constituir a força de trabalho necessária para conquista e expansão do domínio sobre as novas terras, para a glória da Espanha e da Igreja³².

Resolvida, nestes termos, a controvérsia: sem prejuízo para qualquer uma das partes, o preço da conciliação dos interesses estruturais com os dogmas cristãos será pago com a vergonhosa história de exploração dos negros na América. Mas essa é uma outra história.

CONCLUSÃO: UMA ANALOGIA POSSÍVEL E ESCLARECEDORA

Tanto Jakobs como Sepúlveda sustentam a possibilidade de classificação dos seres humanos em categorias diferentes: de um lado, cristãos e cidadãos; de outro, índios e inimigos. Os primeiros, dotados de atributos positivos, como alma ou razão. Os segundos, portadores de defeitos originários, que os tornam escravos ou perigosos por natureza.

Estas diferenças pessoais justificam tratamento diferenciado. Os fiéis estão amparados pela ética religiosa ou pelos direitos fundamentais. Já os infiéis estão fora do reino de Deus ou não compartilham das garantias do Estado Democrático de Direito; logo, contra eles, toda forma de opressão está legitimada.

A analogia com o “A Controvérsia” também permite destacar o “lugar” de onde fala Jakobs sobre um *Direito Penal do Inimigo*: a distinção entre *cidadãos* e *inimigos* aparece na doutrina penal como obra de um professor europeu, alicerçada sobre o enorme prestígio acadêmico da dogmática penal alemã no horizonte teórico da cultura jurídica romano-germânica ocidental. À semelhança de Sepúlveda, esse “lugar de fala” é condição para propor uma tal distinção entre seres humanos, afinal, “aqueles que estabelecem categorias sociais entre os homens raramente se identificam com os degraus mais baixos da pirâmide” (CARRIÈRE, 2003, p.86).

Além disso, essa mesma qualidade pessoal do autor é suficiente para angariar a simpatia de vários teóricos³³ que se tornam cúmplices na medida em que compartilham deste mesmo “status” positivo de cidadania e das “boas intenções” da proposta.

Mas se por um lado Jakobs e seus colegas estão em regra protegidos da condição inferior de inimigo, quem deve ocupar o lugar do *inimigo* (uma vez que os índios não são mais adequados para protagonizar este papel)? Para atender a essa categoria é preciso encontrar um grupo de indivíduos incapaz de resistir a essa nomenclatura. E esse lugar foi ocupado pelas imagens que correspondem ao estigma do “terrorista”.

As imagens, como se sabe, podem produzir efeitos reais³⁴, e dificilmente podem contestar o rótulo que lhes é atribuído à distância³⁵. Se é verdade que a maioria dos monges aos quais coube decidir sobre a humanidade dos índios nunca esteve na América – contentando-se com a notícia,

³² Tal conclusão, absolutamente inesperada, assusta até mesmo Sepúlveda. Las Casas tenta reagir, mas a sua indignação é refutada secamente pelo cardeal: “- Não, não! Está bem está bem! Frei Bartolomeu, não vamos recomeçar! Não estamos aqui para isso!” (CARRIÈRE, 2003, p. 222-228).

³³ Para a atual proposta de um Direito Penal do Inimigo, em regra “catedráticos”, no sentido da expressão é de Roberto Lyra Filho (LYRA FILHO, 1984, p. 14-20).

³⁴ Aqui, é claro, a referência ao teorema de Thomas, como descrito em Alessandro Baratta (BARATTA: 1991, p.63).

³⁵ Ainda que fosse possível, não parece desejável que lhes seja concedida a palavra, pois como alertava Sepúlveda “- Desde que um povo saiba falar, sabe mentir!” (CARRIÈRE, 2003, p. 88).

tratando-a como verdade por ser mais cômodo – também parece ser razoável supor que Jakobs e seus interlocutores conhecem o terrorismo apenas como um problema distante, aceitando aquilo que é pacífico no senso comum como suficiente para lhes satisfazer a identificação proposta, o que fica evidente na referência aos atentados de 11 de setembro como prova empírica e irrefutável da ameaça terrorista global (JAKOBS, 2005, p. 40-41).

Destaque-se ainda que as exceções ao Estado Democrático de Direito e à ética cristã propostas por Jakobs e Sepúlveda compartilham de um mesmo argumento: a existência de uma guerra – contra *terroristas* ou *selvagens* – que tem por objetivo preservar determinado *modus vivendi*. O argumento da guerra serve para intensificar as diferenças ou despertar antagonismos latentes, e aparece no sentido de autorizar a destruição física de indivíduos ou grupos rotulados como *perigosos*, sejam eles *terroristas* ou *selvagens*. Mais: o argumento da guerra não apenas justifica o horror contra aqueles identificados como ameaças, como também escusa a morte accidental de inocentes (CARRIÈRE, 2003, p. 129).

Entretanto, ontem e hoje, essa guerra jamais ultrapassou o umbral da ficção.

No séc. XVI, coube a Las Casas provar que a guerra contra os indígenas era irreal: apesar de seu modo de vida radicalmente distinto as populações nativas nunca constituíram um perigo real para nossa existência e a descrição de cenas de combate e de crueldades praticadas pelos nativos servia apenas para permitir o saque europeu à riqueza das colônias e reafirmar sua superioridade moral. No séc. XX e XXI tal tarefa pode ser delegada a Noam Chomsky, que ridiculariza o apelo belicista: ao demonstrar o caráter meramente retórico de uma “guerra ao terror”, fundada na ameaça de *inimigos imaginários* característicos de uma técnica gerencial do poder sustentada pela irracionalidade do *medo*, o autor revela a antiga estratégia de propaganda que facilita a implementação de interesses hegemônicos decididos a partir do centro do poder capitalista global³⁶.

De fato, não parece razoável, após cinco séculos de experiência, voltar a incorrer no mesmo erro de sucumbir à falácia das consequências adversas³⁷ implícita no argumento da guerra, para não repetir a história como farsa, depois da tragédia.

Para encerrar, vale dizer que assim como o “*Democrates...*” de Sepúlveda, o *Direito Penal do Inimigo* de Jakobs não é apenas um texto. Aceitá-lo como descrição de um porvir irrefreável que deve ou pode ser adotado pelos Estados de Direito é corroborar suas conclusões, especialmente a de que existem indivíduos cuja natureza constitutiva nos obriga abrir mão daquelas garantias que nos fazem cidadãos e que custaram inúmeras vidas, sendo tal sacrifício necessário para destruir estes inimigos terríveis antes que eles destruam nosso

³⁶ Esta perspectiva pode ser vista em detalhe em várias obras de Chomsky, especialmente “Piratas e Imperadores” e “Poder e Terrorismo”. A ameaça de *inimigos* que fundamenta uma técnica gerencial do poder sustentada pela irracionalidade do *medo* e a possibilidade de evitar as restrições impostas pelo ordenamento pelo argumento da *exceção* – no contexto de uma suposta *ameaça terrorista* nos EUA pós 11/09 – foi objeto de trabalho recente no qual concluo que o uso de tais “regras de linguagem” colocam em risco o Estado Democrático de Direito (DIETER, 2009, p. 335-338).

³⁷ Novamente aqui é válida a referência à Sagan, que ao apresentar seu “*kit de detecção de mentiras*” lembra que os melhores exemplos de falácias argumentativas “podem ser encontrados na religião e na política, porque seus profissionais são frequentemente obrigados a justificar duas proposições contraditórias”. O argumento das consequências adversas permite defender certas ações ou decisões sob a ameaça de uma consequência futura desagradável, embora improvável em termos científicos (SAGAN, 1996, p. 210-211).

horizonte de valores éticos comuns. A apologia do texto de Jakobs feita por alguns acadêmicos, especialmente aqueles que enfatizam seu cerne descritivo, não raro parece pactuar com esse conteúdo, e por certo não faltarão “Sepúlvedas” para racionalizar a vontade do poder.

Las Casas, à distância, convida a resistir.

BIBLIOGRAFIA

- BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la criminologia critica?* In: *Dei Delitti e delle Pene*, 1991, n. 1
- CARRIÈRE, Jean-Claude. *A Controvérsia*. Trad. André Viana e Antonio Carlos Viana. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- CHOMSKY, Noam. o terrorismo internacional no mundo real. Trad. *Piratas e Imperadores, Antigos e Modernos*. Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- _____. *Poder e Terrorismo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Terrorismo: reflexões a partir da Criminologia Crítica*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v.16, n.75
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo*. In: JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- _____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madri: Thomson Civitas: 2004.
- _____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Thomson Civitas, 2003.
- _____. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, hoje?* Brasília: Ed. Fair, 1984.
- SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Trad. Rpsaira Eichenberg. 14. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

Artigo recebido em 30 de abril de 2009 e aceito em 10 de maio de 2009
