

## POLINICES É INIMIGO DE QUEM?

## POLYNICES IS ENEMY OF WHOM?

*Bernardo G.B. Nogueira<sup>1</sup>*

*José Carlos Henriques<sup>2</sup>*

Resumo: O presente artigo pretende estabelecer uma relação da teoria contemporânea do direito penal do inimigo com a tragédia grega Antígona. Esta tragédia é importante forma de compreensão do ideário grego-antigo e em nosso diálogo queremos mostrar como os fundamentos de constituição do inimigo dentro da teoria de Jakobs já estavam estabelecidos no pensamento trágico grego. Polinices e Antígona, irmãos condenados à clausura do conceito de inimigo que distinto dos cidadãos são relegados a um tratamento de combate face ao estado. Esse diálogo entre o direito e a literatura busca mostrar a tragédia da existência que nem sempre é bem lida através do direito.

Palavras chave: Antígona, Direito Penal do Inimigo, hospitalidade, estrangeiro, polis.

Abstract: The article attempts to establish the relation between of contemporary teory of law of the enemy with the Greek Antigone tragedy. This tragedy is really important as way to understand the idea of the old-Greek, and in our dialogue we try to show how the constitution's institution were already raised in the greeks tragedies. Polynices and Antigone, were brothers who were sentenced to the concept of the enemy and despite the other citizens were relegated to a treatment of combat in face of the State. This dialogue between law and literature seeks to show the tragedy of existence that is not always read right through.

Key-words: Antigone, criminal law of the enemy, hospitality, alien, polis.

### **INTRODUÇÃO:**

Conforme advertência de Baumann, a liberdade e a segurança são dimensões sem as quais não é possível o humano coexistir. Nessa ambivalência o olhar se equilibra entre a tragédia do que vem e a vã tentativa de previsão. Nesse ínterim, enquanto oscilamos, ora para a liberdade, ora para a segurança, vivenciamos a existência.

A alteridade é marca que inaugura nosso encontro com o mundo. Partilhá-lo é e sempre será necessariamente problemático dada a diversidade de miradas com que os humanos revestem sua caminhada. O problema do encontro, das circunstâncias suscitadas nele e as formas como queremos arranjar-lo são os problemas sobre os quais iremos debruçar.

A tragédia Antígona será o palco em que iremos tratar dessa problemática do encontro que o ocidente quis responder a partir do direito. Esta tragédia ensejou grandes discussões teóricas desde a filosofia até o direito. As tragédias serviram para simbolizar

---

<sup>1</sup> Especialista em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Escola de Direito Newton Paiva.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela UNIPAC, mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto, professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

o momento em que os gregos transitavam de um mundo povoado pelo *mytho* e rumavam para o alvorecer da democracia. Era ela mesma essa anunciação da guerra dos antigos com os modernos. A passagem de uma narrativa mitológica para uma construção dialética e fundada em um *logos* vindouro.

É de se notar que estamos na seara da ambivalência. Oscilar talvez seja a característica que compõe com mais precisão o fenômeno humano. Partindo dessa já nossa companheira percepção, iremos tratar de fazer dialogar a tragédia Antígona, mais precisamente, as personagens Polinices e Creonte, com algumas questões que envolvem a teoria do “Direito Penal do Inimigo” cunhada por Günther Jakobs, autor alemão que encontra uma racionalidade na difícil distinção entre um direito do cidadão e um direito do inimigo.

Para esse diálogo a presença de Jacques Derrida também ressoa, ora, esse inimigo de que fala Jakobs, se nos mostra revestido do mesmo desamparo que vimos enunciado naquele estrangeiro que requer acolhida, ou em palavras de Derrida, hospitalidade.

Dentro da infinitude hermenêutica desta tragédia, trataremos da relação entre a *nomos graphos* criada por Creonte após a morte de seu sobrinho Polinices, e o que esta no fundamento mesmo da teoria do “Direito Penal do Inimigo”. Essa teoria contemporânea, se não nos enganamos, advém de uma ressonância presente nesta tragédia e que perpassa, como adverte o próprio Jakobs, pelo pensamento contratualista, principalmente de Hobbes e ainda em Kant. Esse último filósofo participa de nosso diálogo, uma vez que em seu opúsculo “*A Paz Perpétua*”, ensaia uma idéia de hospitalidade que é extremamente importante em nossa discussão.

Nossa prosa organiza-se de maneira a primeiro estabelecermos em que consistiu a tragédia Antígona, ressaltando os elementos que aqui nos interessam, ou seja, a relação estado *versus* indivíduo, encenada por Creonte e Polinices, indicando o *modus* de existir particular ao grego-antigo. Em um segundo momento iremos esboçar, sem pretensões finalizantes, alguns dos sustentáculos teóricos da teoria do “Direito Penal do Inimigo”.

Após esses dois momentos trataremos de responder aos questionamentos que inadvertidamente surgem com as semelhanças da peça grega e da teoria do alemão. A perpassar esse diálogo, uma reflexão acerca do inimigo se nos faz necessária, para assim podermos visitar novamente esse sem fim de inspiração que é o imaginário grego, bem

como, contribuir para estreitar os laços entre a reflexão jurídica e a literatura, que ademais, é uma maneira de dizer do humano de certa forma mais inteira e menos conceitual, com mais hospitalidade.

O drama vivido por Antígona é o ponto de partida, a punição *post mortem* infligida a seu irmão Polinices pelo rei será o elo a nos catapultar para o pensamento de Jakobs. Derrida, com a idéia de hospitalidade nos servirá para tentarmos contribuir em algo a respeito dessa teoria do direito penal que tanto causa oscilações entre os pensadores contemporâneos.

### **A ANTECIPAÇÃO GREGA: As Tragédias**

É de largo conhecimento o drama de Antígona que figura como a terceira tragédia da trilogia tebana e que narra a existência malograda da família de Laio. Entremeadado entre o conflito principal que está encerrado na discussão entre Antígona e Creonte, vimos o problema que surge quando Etéocles e Polinices, irmãos de Antígona, após verem Édipo deixar Tebas, acordam revezar o trono. Acordo que por sua vez não é cumprido por Etéocles. Polinices sai de Tebas e retorna disposto a retomar o posto de rei e castigar seu irmão. Inicia-se aí a discussão que pretendemos trazer e fazer conversar com as teorias que anunciamos.

Em um primeiro momento na tragédia “Sete contra Tebas”, que narra a invasão de Tebas por Polinices, aparece a idéia de estrangeiro que gostaríamos de discutir aqui. No momento em que Polinices se vai de Tebas, diz que quer regressar e fazer com que seu irmão sinta o desprezo ao qual foi submetido quando deixou sua cidade.

Agora vou falar do sétimo homem que está diante do sétimo portal, o teu próprio irmão, que lança contra a cidade suas preces e imprecações jurando que, após escalar as muralhas e ser proclamado rei sobre a terra, e entoar com frenético alarido a canção da conquista, contigo vai lutar, matando e morrendo junto de ti ou te deixando vivo, a pagar com banimento aquilo que de igual modo o desonrou com exílio. (ESQUILO, 2013)

A paga pretendida por Polinices é a de banimento. Estamos na inscrição de uma tentativa de transformar aquele que não está no poder como um estrangeiro na cidade, ou seja, fazê-lo despojado de todos os seus direitos pela condição que é levado a ocupar. Assim, quando Polinices, na tragédia “Sete contra Tebas” pretende retomar o poder da

cidade, seu desejo, parece-nos, gravita exatamente em querer que seu irmão, além de ser despojado do cargo de rei, também queria torná-lo aquele estrangeiro que perdeu o poder e os direitos de cidadão. Esse primeiro momento político da tragédia é importante pois assim como no Direito Penal do Inimigo que torna a nu os direitos do inimigo, também isso pretendia o irmão que se preparava para invadir Tebas.

De outro lado quando Etéocles sabe por meio do mensageiro que seu irmão é o sétimo combatente e resolve digladiar com ele, assume, no papel do estado, a mesma postura de desterrar seu irmão de uma vez por todas, tornando-o com sua fala um inimigo da cidade. Esse apelo para tornar o irmão inimigo é um indício extremamente interessante de que os fundamentos da idéia do Direito Penal do Inimigo estavam ali esboçados.

Assim, se o inimigo é aquele que pode vir a turbar a ordem e criar um possível desencadeamento da organização da *polis*, tanto o irmão que invade, quanto o que é invadido, querem privar um ao outro dos direitos considerando-se mutuamente como inimigos. Um pelo fato de tentar manter o ordenamento vigente, o outro, por querer implantar o seu novo ordenamento e requerer a expulsão sumária do outro. Etéocles se pronuncia assim a respeito do encontro com o irmão: “Vou por frente a frente senhor contra senhor e irmão contra irmão, inimigo contra inimigo. Traga imediatamente minha armadura, abrigo contra lanças e flechas” (ESQUILO, 2013)

Tanto em “Sete contra Tebas” como em “Antígona”, sabemos da morte simultânea dos irmãos Polinices e Etéocles. Nesse momento o ponto principal de nosso trabalho começa a se desenvolver. É exatamente a partir da morte dos irmãos que Creonte, ao assumir o poder, cria um édito que impede a Polinices aceder às honras fúnebres. A importância das honras e da morte resta clara nos ensinamentos de Fustel de Coulanges em sua “Cidade Antiga”: “O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder.”(COULANGES, 2002)

Nesse sentido desenvolve-se a idéia que torna trágica a travessia de Antígona pela vida. Resiste à determinação do rei e morre para enterrar seu irmão procurando manter sua existência de pessoa e não permitir com que aquela lei seja aplicada e o torne ao fim da vida um inimigo.

Liberdade e segurança também permeiam a idéia relativa ao estado que requer pra si a aplicação do direito penal do inimigo, pois, uma vez acordados em contrato, os cidadãos devem submeter sua liberdade às regras que garantem a segurança necessária para a vida em sociedade. Nesse sentido, Antígona quer exercer a liberdade de conceder as honras ao irmão e ao mesmo tempo libertá-lo da amarra de inimigo na qual Creonte quer encerrá-lo. No entanto, essa liberdade, exercida assim, criaria um problema à segurança para a cidade de Tebas.

No que tange à teoria do direito penal do inimigo, poderíamos perceber que sua aplicação, fundada na manutenção a todo custo da segurança do estado, acaba por dizimar qualquer chance de liberdade, ora, aquele que age, porventura, afastado da ideologia de ordenação estatal, por ele será tratado como inimigo. Aqui foram inimigos, tanto Antígona, que desestruturaria o ordenamento de Tebas ao enterrar simbolicamente seu irmão, quanto Polinices, que estrangeirado de Tebas, retorna querendo turbar a ordem estabelecida.

O tratamento dispensado aos irmãos Antígona e Polinices, parece-nos, antecipa o *telos* pretendido pela teoria do Direito Penal do Inimigo. Esta pista, contudo, tentará ser desvendada ao fim do trabalho. Partiremos agora para uma tentativa de elucubração das bases da teoria em questão. O resultado dessa dialética é o fim a que nos pretendemos neste texto.

### **A teoria do Direito Penal do Inimigo**

“Todo Direito está ligado à autorização para coagir, e a coação mais pungente é a do Direito Penal. Por isso, poderíamos argumentar que toda pena e, até mesmo, que toda legítima defesa dirige-se a um inimigo.” (JAKOBS, 2008) Com essa afirmação de Jakobs iniciaremos nosso pequeno vôo pela teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo em conta, desde já, que este conceito de direito seria percebido como aquele instrumental a serviço do estado que possui legitimidade para realizar-se a partir do uso da força/violência, aqui chamada, coação.

Nesse caminho o autor nos permite reconhecer que em diversas teorias de construção do estado moderno figuravam já os dizeres acerca dos inimigos do estado. Necessários,

portanto, à edificação de um estado ordenado, já que não há ordem sem que seu oposto seja conhecido.

À racionalidade moderna que constitui aquele momento do existir humano, de fato, não se poderia cobrar diferentes reflexões. O paradigma que enredava filosoficamente aquele momento fica expresso nos próprios dizeres de Jakobs quando analisa importantes pensadores a se posicionarem frente ao inimigo na formação e ordenação do estado:

Para Rousseau e Fichte, todo criminoso, *em si*, é inimigo; para Hobbes, ao menos, o alto traidor. Kant, que utiliza o modelo de contrato como idéia reguladora na justificação e delimitação do poder estatal, situa o problema no limiar entre o estado natural (fictício) e o Estado estatal. Em Kant, toda pessoa está autorizada a coagir qualquer outra pessoa a uma constituição civil para possibilitar a proteção da propriedade. (JAKOBS, 2008)

Essa estrutura de pensamento permite, assim, a distinção entre cidadãos e inimigos. A ordem estatal, o contrato social, vincula os cidadãos e quer repelir aquele elemento que por acaso não esteja a partilhar do mesmo mecanismo ideológico-comportamental que os demais. A figura do inimigo, portanto, não pode ser observada sobre o prisma ontológico do humano. Sua existência, desde sempre, esta vinculada a uma série de determinações que garantem sua segurança e recobram dela uma parcela de sua liberdade.

Essa plataforma permite vislumbrar as construções teóricas do Direito Penal do Inimigo. A ordem seria um horizonte sob o qual restaria estabelecida a rota do estado. Alterar a rota não seria permitido, em verdade, qualquer obstáculo, qualquer inimigo deveria ser afastado para que o rumo não fosse alterado. Assim, ao direito penal do inimigo, contraposto a um direito penal do cidadão, restaria a tarefa de prever os possíveis desvios da nau. Esse direcionamento estabelecido por Jakobs nos permite reconhecer que o direito penal do inimigo deveria “combate perigos”. Esse perigo, por certo, estria alocado na figura do inimigo.

O inimigo dentro da estrutura de Jakobs seria aquele indivíduo que não demonstra aquilo que o autor chama de “garantia cognitiva mínima”, que seria uma mostra de possibilidade de vida em uma sociedade regida por ditames de leis coercitivas. Nesse

sentido, entender-se-ia o inimigo como o indivíduo que não é digno de ser tratado como pessoa. Assim,

quando a expectativa do comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a disposição para tratar o criminoso como pessoa (...) sendo que, em cada caso, pretende-se combater indivíduos que, em sua postura (por exemplo, no caso de crimes sexuais), ou em sua vida econômica (por exemplo, na criminalidade econômica, no tráfico de drogas e em outros tipos de criminalidade organizada), ou por meio de associação a uma organização (no caso do terrorismo, da criminalidade organizada e até da formação de bando ou quadrilha – art. 30 do Código Penal), desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo. (JAKOBS, 2008)

Poderíamos alinhar esse entendimento à separação da estrutura psi. Quando Jakobs nos explica mais um passo de sua teoria, diz-nos que aquele indivíduo que queira exercer plenamente suas pulsões, e nesse caso, diríamos do id, estaria condenado a não ser tratado como pessoa, uma vez que se não amolda, coercitivamente, aos comandos do superego ao mesmo tempo não poderia ser protegido por ele. É evidente que tratamos aqui do binômio liberdade *versus* segurança, e dentro da teoria de Jakobs, opta-se *a priori*, pela segurança em detrimento à liberdade. Essa opção pela segurança, no entanto, acarreta para o indivíduo um imperativo que se não respeitado, opera nele um duplo efeito: ao mesmo tempo é excluído do rol de cidadãos e de pessoas e conduzido ao conceito de inimigo.

A aplicação do direito penal do inimigo também se dá na medida de uma dita prevenção. Ou seja, uma vez detectada a faceta de inimigo, o estado poderia interceptá-lo antes mesmo do cometimento do suposto delito. É isso que nos informa o autor:

O Direito Penal conhece, portanto, dois pólos ou tendências de suas regulações: a primeira é o trato com o cidadão, no qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para, então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade; a segunda é o trato com o inimigo, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode ser o trato com um homicida simples, que, atuando em autoria unitária, somente se torna punível quando se prepara imediatamente para a realização do tipo (arts. 22, 212 do Código Penal); um exemplo do segundo tipo pode ser o trato com o mentor ou homem de trás (seja lá o que for isso) de uma associação terrorista, que já é atingido por uma pena apenas mais branda que a do autor da tentativa de homicídio, quando funda a associação ou quando nela atua. (JAKOBS, 2008)

Uma perspectiva para a qual Jakobs chama a atenção é a de que não se trata de tratar o inimigo com regras de exceção ao direito. Em verdade, uma vez que o indivíduo se

encontra conceituado e colocado dentro da categoria do inimigo, contra ele são destiladas determinadas ações que, diferentemente de serem consideradas ilegais, são, de fato, medidas autorizadas pelo próprio ordenamento e pela própria condição de inimigo que o indivíduo foi elevado.

Assim, não se trata de medidas excepcionais ao direito, mas sim de medidas excepcionais do direito. O estado cassa os direitos de maneira legítima e legitimada. Há a possibilidade lícita de ilicitude desde que perpetrada pelo estado, desde que direcionada ao inimigo, que de há muito perdeu as garantias de segurança por não estar adequado ao contrato social.

Há uma distinção bem evidente entre a maneira como é tratado o cidadão e a que deve ser empregada ao inimigo do estado, que, ademais, deve ser combatido, sob pena de desrespeito aos demais cidadãos que anuíram e respeitam o contrato social. O que distingue aqui é exatamente a percepção que se tem, ou a visão que é criada de cada um destes indivíduos,

“o Estado pode proceder de duas formas com os delinquentes: pode considerá-los como cidadãos delinquentes, pessoas que cometeram um erro ou, então, como indivíduos que devem ser impedidos, mediante coação, de destruir o ordenamento jurídico (...) quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado esta *autorizado* a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança (...) como já se mencionou, *Kant* reivindica o afastamento desses indivíduos, o que não quer dizer senão que é preciso se proteger contra os inimigos. (JAKOBS, 2008)

Proteger-se dos inimigos claramente importaria existir uma legislação que trouxesse previsões de antecipação, ou seja, antecipação é o que acima já mencionamos a partir da punição da ação ainda em seu nascedouro ou em seu período de gestação. Aqui há, portanto, a chance de o inimigo ser apanhado ainda na fase de planejamento do crime que viria a ser cometido. Essa abertura é absolutamente fiel ao ideário do direito penal do inimigo que pretende garantir que a ordem, a segurança, seja mantida, mas não apenas em forma de repressão ao ocorrido, como também no sentido preventivo. A segurança fica mais bem esboçada quando a estrutura é apenas ameaçada por um plano do que quando tem que ser reconstruído após um abalo real.

Parte-se, pois do comportamento ainda não ativado, mas apenas planejado, ou seja, não do dano à vigência da norma que foi realizado, mas sim fato vindouro, em outras palavras, no lugar do dano atual à vigência da norma

entra o perigo de danos futuros – uma regulação do direito penal do inimigo. O que pode ser adequado no caso dos terroristas – adversários por princípio – ou seja, considerar a dimensão do perigo e não os danos à vigência da norma já realizados, transfere-se, aqui, para o planejamento de qualquer crime, como por exemplo de um simples roubo. (JAKOBS, 2008)

Quando o indivíduo não apresentar essa condição cognitiva de que se portará como pessoa, deverá ser tratado como inimigo para que se cumpra o fim da teoria que esta embasada na idéia de eliminação do perigo. Enquanto no direito penal do cidadão o delinqüente seria tratado como pessoa, apenas o direito se opoendo normativamente à sua ação, de outro lado, no direito penal do inimigo, não haverá consideração dele como pessoa e ao contrário, será combatido pelo estado como inimigo. A exclusão do inimigo se dá na medida em que ele se opõe por princípio à norma, por isso mesmo ele é alvo dessa guerra, que supostamente protege o direito dos cidadãos à segurança.

Feito esse pequeno esboço acerca das bases que fundam a teoria, estamos em ponto de estabelecer o diálogo deste pensamento de hoje com o que Sófocles deixou ao ocidente com a tragédia Antígona e, por conseguinte, tentar responder à nossa questão inicial: Polinices é inimigo de quem?

### **DERRIDA: Quem chega? Amigo ou Inimigo?**

Se estabelecermos um diálogo com Derrida a partir de seu rastro não calculável percebemos que há uma distância entre o histórico ocidental que quer unir dois horizontes que para Derrida encontram-se cindidos. Referimo-nos à questão do direito e da justiça. Ora, uma vez que, como se estabelece, o direito seria essa força legitimada, e ainda, violência a serviço da instituição, não haveria, por conseguinte, diferença entre a violência cometida pelo criminoso e aquela imposta pelo estado de maneira legítima.

O direito a partir de seu mecanismo de coação, afasta-se de uma possível realização de justiça, que, segundo esse autor, seria um impossível. A justiça é uma experiência daquilo que não pode mas que deve ser experienciado pelo direito. Se acaso perdemos esse horizonte o direito transformar-se-á em uma mera imposição de força. Aliás, é sempre e desde já pela força que se impõe a autoridade do direito, e isso de duas formas: em primeiro aquele que inaugura o estado. A força originária que cinde a história criando um novo tempo. Após esse momento exerce-se a força para a manutenção da

concentração da história nas mãos. Assim, o exercício da força/violência é, nesse sentido, ínsito ao direito, afastando-o da justiça ou de uma sua possível realização.

Ora, a operação de fundar, de inaugurar de justificar o direito, de *fazer a lei*, consistiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa que, em si mesma, não é nem justa, nem injusta (...) Não podendo, por definição, a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a posição da lei, apoiarem-se senão em si mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento. (DERRIDA, 2003)

As coisas colocadas nestes termos nos permitem perceber que o direito estaria, portanto, estribado desde sempre num ato de violência e nesse sentido duas possibilidades se nos apresentam: uma é perceber a necessidade de desconstrução do direito na tentativa de fazê-lo transcender para um encontro impossível com a justiça, e assim, percebê-lo nesse intervalo entre aquilo que não se pode desconstruir, que é a justiça, e o que e desconstrutível que é o direito. A outra é simplesmente tomar essa violência como algo inarredável e buscar criar legitimação para sua aplicação. É nessa díade que discutimos o problema do direito enquanto tal e o chamado direito penal do inimigo. Ora, o dentro do pensamento de Derrida parece que essa teoria seria ao mesmo tempo a percepção de que o direito não realizaria a justiça e se portaria como um instrumental normativo que legitima uma força, agora uma força discriminatória, pois se dá em uma determinada medida em acordo com a condição do indivíduo, ajustada com sua posição de cidadão ou inimigo.

Observar o direito estabelecido nestes moldes é afastar-se em absoluto de qualquer chance de uma hospitalidade incondicional nos moldes do próprio Derrida e apoiar-se em uma estrutura moderna que encontramos raiz no pensamento kantiano. Para este último a hospitalidade dar-se-ia na medida da regra de direito. O estrangeiro deve ser tratado na medida da lei, não o humano em sua constituição, mas o cidadão em sua constituição política. Esse limite “àquele que” vem é discutido por Derrida na medida em que afirma que o conceito kantiano de hospitalidade seria um conceito condicional e condicionado ao regramento político-jurídico do estado, e isto, por si só, constituiria uma impossibilidade mesma de se pronunciar isso como uma hospitalidade *tout court*.

Assim, quando nos referimos à justiça e à questão da hospitalidade, afirma-se o limite que o *logos* da legiferação estatal cria no seio das relações humanas, transformando-as e

reduzindo-as a questões político-jurídicas. Por essa senda Derrida nos permite reconhecer a linha que divisa “A Lei” “das leis” da hospitalidade. A Lei da Justiça e as leis do direito. “O dito do direito e o dizer da justiça”. Assim, dentro da impossibilidade conceitual que é a hospitalidade proposta por esse autor é que se estabelece o limite da hospitalidade permeada pelo jurídico. Assim, nem ao menos e sequer ele pode realizar uma acolhida sem violência. A sua essência criadora é ela mesma violenta, daí em diante seus atos apenas se dão na medida da manutenção desse poder.

Tudo se passa como se a hospitalidade fosse impossível: como se a lei da hospitalidade definisse essa mesma impossibilidade, como se não pudéssemos senão transgredi-la, como se a lei da hospitalidade absoluta, *incondicional*, hiperbólica, como se o imperativo categórico da hospitalidade ordenasse a transgressão de todas as leis da hospitalidade, a sabe, as condições, as normas, os direitos e os deveres que se impõem aos hóspedes/hospedeiros (hôtes) e às hóspedes/hospedeiras (hôtesses) tanto àqueles ou àquelas que dão como àqueles ou àquelas que recebem o acolhimento. Reciprocamente, tudo se passa como se as leis da hospitalidade consistissem, ao marcarem limites, poderes, direitos e deveres, em desafiar e transgredirem a lei da hospitalidade, aquela que manda oferecer ao *recém-chegado (arriant)* um acolhimento sem condição. Digamos, sim, ao *recém-chegado (arriant)*, antes de qualquer determinação, antes de qualquer antecipação, antes de qualquer *identificação*, trate-se ele ou não de um estrangeiro, de um imigrado, de um convidado ou de um visitante inopinado, seja o recém-chegado ou não um cidadão de um outro país, um ser humano, animal ou divino, um vivente ou um morto, masculino ou feminino.(DERRIDA, 2003b)

Assim, estabelecemos algumas indicações para prefaciarmos o embate conclusivo de nosso percurso. Enquanto lemos Derrida a nos dizer de um acolhimento sem distinções, podemos auscultar Antígona a lutar por essa ontologia do humano quando digladiava com o estado para enterrar seu irmão.

Quando Antígona luta contra Creonte para enterrar Polinices, enuncia um mandamento de tratamento igualitário entre os humanos. No limite, se reconhecêssemos a legitimidade do ato de Creonte, ainda assim, por força do *a priori* que é o mandamento da hospitalidade derridiana, dever-se-ia conceder a ele a entrada honorífica no mundo dos mortos, atendendo assim ao clamor da hospitalidade incondicional que rompe com as leis da hospitalidade e que ao transgredi-la acolhe sem medida aquele estrangeiro, mesmo que inimigo.

Fica evidente que há um embate interessante entre as leis da hospitalidade, que aqui restam simbolizadas com a atitude de Creonte, que ao não permitir que Polinices receba

as honrarias, impõe um limite à hospitalidade. No entanto, a ação de Antígona quer destronar essas leis dando lugar à Lei da hospitalidade que atravessa o edito de Creonte até encontrar-se com o rosto de Polinices e permitir sua entrada digna no Hades. Antígona é algoz das leis da hospitalidade enquanto é heroína da Lei da hospitalidade. Sua transgressão trágica figura na seara do impossível que é a Lei da hospitalidade. Pois Ela está colocada acima e fora das leis.

Nesse contexto, essa Lei, por se colocar como corruptora das leis poderia ser condenada se tivéssemos em conta o pensamento de Jakobs. Ela seria inimiga do estado, e foi exatamente assim, travestida no rosto de Antígona, que essa Lei foi tratada. Ademais, como nos ensina Derrida: “A lei está acima *das* leis. É, portanto, ilegal, transgressiva, fora da lei, assim como que uma lei anômica, *nomos a-nomos*, lei acima das leis e lei fora da lei” (DERRIDA, 2003b). Mas Derrida ainda insiste na necessidade das leis para a própria existência da Lei.

Embora acima das leis da hospitalidade, *a* lei incondicional da hospitalidade tem necessidade *das* leis, *requere-as*. Esta exigência é constitutiva. Ela não seria efectivamente incondicional, a lei, se não *devesse tornar-se* efectiva, concreta, determinada, se tal não fosse o seu ser como dever-ser. Ela correria o risco de ser abstracta, utópica, ilusória, e portanto de se tornar no seu contrário. Para ser o que é, *a* lei tem assim necessidade *das* leis que, no entanto, a negam, a ameaçam em todo caso, por vezes corrompem ou a pervertem. E devem sempre poder fazê-lo. (DERRIDA, 2003b)

Nesse sentido, se acatássemos uma lei que pugna pela distinção *a priori* entre cidadãos e inimigos, essa tensão suscitada pela Lei da hospitalidade ante as leis sequer existiria, posto que a determinação do inimigo implicaria o fim da possibilidade de abertura à qualquer alteridade senão aquela determinada pelo estado. A tautologia desse pensamento está em dizer que quem fala quem é o cidadão e quem é o inimigo é o mesmo agente que pune o inimigo com a perseguição e sua erradicação.

Antígona sofreu punição digna de inimigo quando encerrada em uma prisão por tentar acolher com hospitalidade incondicional o irmão antes da clausura conceitual de inimigo amordaçá-lo. É notável como no desenrolar da tragédia fica evidente que a tirania atenta contra si mesma depois que está cega. O inimigo é um conceito cego do estado desde Antígona. Explícito em uma parte do diálogo entre Creonte e Antígona: “**Creonte**: Nem morto um inimigo passa a ser amigo. **Antígona**: Nasci para compartilhar amor, não ódio.” (SÓFOCLES, 1998, 595)

## **DIÁLOGO: É possível falar Inimigo e Cidadão?**

Quando vemos a relação de Creonte diante de Polínicês, fica evidente que a teoria do Direito Penal do Inimigo, antes de ser uma construção contemporânea figura como um eco do tempo trágico grego. Ouvir as vozes do tirano diante daquele que é considerado inimigo é ao mesmo tempo perceber o estado que nega personalidade àquele indivíduo que não apresenta uma conduta subordinada à violência institucionalizada que é o direito. Na construção teórica de Jakobs, o inimigo seria aquele que apresenta perigo para a segurança dos demais cidadãos. Daí ser necessária uma atuação com força de eliminação do mal para garantia da segurança dentro do contrato social.

A força e uma idéia de segurança são os grandes sustentáculos desta teoria que apresenta um direito a legitimar sua própria ausência de direito. Explicamos: não se trata, portanto, de uma ação apartada do direito, a atuação frente ao inimigo, as limitações de determinadas garantias processuais e um tratamento diferenciado, são regras indistintas que figuram dentro do próprio ordenamento que instituiu a partir de um ato performático de violência primeira o direito penal do inimigo.

Assim, quando Polínicês retorna a Tebas e luta com seu irmão no sétimo portal da cidade, estaria, nos dizeres da teoria do direito penal do inimigo, se colocando como um indivíduo incapaz de dar qualquer garantia que se portará como pessoa. Pelo contrário, Polínicês porta-se como aquele que quer retomar o trono e reinaugurar o tempo em Tebas. Essa atitude de lutar “contra a cidade” é lida pela boca de Creonte como uma traição. Isso conduz Polínicês ao patamar de inimigo do estado e assim deve ser impedido de uma tratativa como pessoa.

Na introdução à edição brasileira do texto inaugural de Jakobs encontramos uma tentativa de dizer do significado do inimigo na teoria em questão. Por essa via parece que Polínicês ao regressar a Tebas, está já inserido tanto no conceito de inimigo empregado por Schmitt, quanto dentro do inimigo dito Jakobs.

Se em Schmitt o termo inimigo provém do latim *hostis* e significa não o *criminoso*, mas alguém que é desconhecido, e ao qual se atribui uma recusa em termos políticos, estabelecida conforme a dicotomia *concidadão/estrangeiro*, em Jakobs o termo *inimigo* advém do latim *inimicus* e significa *criminoso*. Enquanto em Schmitt o inimigo é o *estrangeiro*, o diferente, em virtude de outra vinculação política (Estado), em Jakobs inimigo é uma *condição da personalidade*, da pessoa, portanto. (OLIVEIRA, Introdução, JAKOBS 2003)

Antígona é inimiga do estado por optar pela Lei diante das leis. Polinices é de uma vez só estrangeiro na cidade que seu pai fora rei, portanto, *hostis*, e *inimicus*, pois traz consigo toda a impossibilidade de ser considerado pessoa por parte de Creonte, na medida em que coloca todo o ordenamento de Tebas em jogo quando luta com seu irmão.

Creonte determina o édito que proíbe Polinices receber as honras fúnebres. Os fundamentos do direito penal do inimigo são ditos pelo tio que procura tornar o agora estrangeiro de Tebas, também um inimigo:

Pois eu – e seja testemunha o grande Zeus onividente – não me calaria vendo em vez da segurança a ruína dominar o povo, e nunca trataria os inimigos de minha terra como se fosse amigos. A salvação de Tebas é também a nossa, em minha opinião; se navegarmos bem, com a nau a prumo, não nos faltarão amigos. Com semelhantes normas mantereí intacta a glória da cidade, e pauta-se por elas o edito que mandei comunicar ao povo há pouco, relativamente aos filhos de Édipo: que Etéocles, morto lutando pela pátria, desça cercado de honras marciais ao túmulo e leve para seu repouso eterno tudo que só aos mortos mais ilustres se oferece; mas ao irmão quero dizer, a Polinices, que regressou do exílio para incendiar a terra de seus pais e até os santuários dos deuses venerados por seus ascendentes e quis provar o sangue de parentes seus e escravizá-los, quanto a ele foi ditado que cidadão algum se atreva a distingui-lo com ritos fúnebres ou comiseração; fique insepulto o seu cadáver e o devorem cães e aves carniceiras em nojenta cena. (SÓFOCLES, 1998, 210-240)

E o Corifeu responde de imediato ao édito do rei que constituí Polinices como inimigo: “Assim te apraz, filho de Meneceu, Creonte, tratar amigos e inimigos desta terra, e tens poder – eu reconheço – para impor a lei de tua escolha, seja em relação aos mortos, seja a nós, que ainda estamos vivos.” (SOFOCLES, 240-245)

Depois de condenar Polinices à condição de inimigo e descobrir que Antígona simbolicamente havia enterrado seu irmão, dirige-se a ela na mesma medida, ou seja, condena Antígona à prisão por ter se valido da Lei incondicional da hospitalidade em detrimento às leis de Creonte. Essa mostraçãõ está no primeiro diálogo dos dois após Creonte saber do ato de Antígona:

**Creonte:** E te atreveste a desobedecer às leis? **Antígona:** Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem forças para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. (SÓFOCLES, 1998, 510-520)

A maneira como Creonte se coloca ante o acontecimento assemelha-se ao que justificaria a aplicação da teoria do direito penal do inimigo, na medida em que a segurança se coloca como valor fundante ante a liberdade, e aquele que de alguma maneira quer romper ou ameaça essa teia estrutural deve ser tratado como inimigo:

**Creonte:** Mas a anarquia é o mal pior; é perdição para a cidade e faz desertos onde existiam lares; ela é causadora de defecções entre as fileiras aliadas, levando-as à derrota. A submissão, porém, é a salvação da maioria bem mandada. Devemos apoiar, portanto, a boa ordem... (SÓFOCLES, 1998, 760-770)

À posição de Creonte como um rei que indica seus inimigos e a eles trata com total desprezo de direitos segue-se a tragédia de eliminação de seus parentes. Esse desenrolar da tragédia nos mostra outro local de encontro entre a teoria exposta aqui e a tragédia Antígona. Fica simbolizado na racionalidade cartesiana que impele Creonte a nunca ceder aos reclames sentimentais de seu filho Hêmon. A conseqüência de uma atuação racional e crua vem na mesma medida sobre a alma de Creonte. Essa razão, a mesma que sustenta a construção do conceito de inimigo, impiedosa, fundamenta as decisões errôneas na condução do estado, e a roda da fortuna, a *machina fatali* da tragédia, responde com morte à crueldade racional - tão característica dos filósofos que estão no alicerce do pensamento de Jakobs. O próprio rei reconhece que uma razão que não se mede junto das emoções e apenas quer assegurar a ordem pode sufocar a si mesma: “Erros cruéis de uma alma desalmada” (SÓFOCLES, 1998, 247)

## **CONCLUSÃO:**

Não pretendemos com essas palavras dizer das antinomias que apareceriam naturalmente se analisássemos a teoria do direito penal do inimigo à luz do ordenamento jurídico em vigor. Em nosso diálogo entre a trilogia tebana de Sófocles, “Sete contra Tebas” de Ésquilo, alguma idéia da concepção de direito, justiça e hospitalidade em Derrida e a teoria de Jakobs, quisemos mostrar o quanto o pensamento grego antecipara, em forma de previsão, os problemas e algumas das possíveis soluções que criaríamos adiante.

Resta bem evidente que o ideário no qual concebemos e dentro do qual o ocidente foi embalado em seu nascedouro ainda nos dá indicações de vivência. Ora, quando Jakobs diz que o inimigo é aquele que potencial ou factualmente causaria dano à ordem, à estrutura, colocando em xeque a segurança contratada entre os cidadãos, vimos

claramente na voz de Creonte o edito que impede Polinices, o estrangeiro de sua própria cidade, receber as honrarias fúnebres que celebravam na morte a vida do homem grego.

O inimigo deve ser tratado como tal, e isso significa que ele pode ter reduzidas as garantias processuais e evidentemente materiais, não como em um estado de exceção, mas o próprio corpo normativo dessa teoria enseja ao estado essa condição. Assim, quando Antígona descumpra as leis da cidade, invocando a Lei da justiça, deve ser tratada como inimiga que é, pois turba a organização da cidade, e se acaso o rei não reage assim, uma possível sensação de insegurança poderia povoar a vida dos cidadãos e dessa forma, a segurança, valor que sempre sopesa dentro dessa teoria, restaria abalada.

Antígona, heroína que morre pela Lei da justiça. Polinices, irmão insepulto por força de um edito que de uma vez por todas o coloca na condição de inimigo. Tudo se resolve com editos que se sustentam no fundamento de uso institucional da violência. Característica do direito ocidental, que se afasta, segundo Derrida, da justiça. No caso da teoria de Jakobs, poderíamos dizê-la alicerçada sob a segurança. O binômio que invocamos logo no início, liberdade *versus* segurança, na teoria do direito penal do inimigo, tende a optar pela segurança contra a liberdade, pois, como dissemos, há uma tautologia insustentável nessa construção, pois o mesmo estado que diz quem é e quem não é inimigo, é o mesmo que irá permitir a liberdade. Assim, livre seria quem o estado decidisse, e todo o sustentáculo querido por Derrida de um acolhimento da alteridade absoluta, restaria impedido em sua base, pois não há humanos dentro do estado, apenas, aqueles que são cidadãos e aceitam a violência institucionalizada e os que não o são, e sendo considerados perigosos para a ordem, são relegados, perseguidos em sua condição de inimigo.

O conceito, ardil moderno para a construção de ideologias de toda ordem serve como base dessa teoria, que cobra uma determinada forma de existir para que o humano seja considerado pessoa. Nem todos têm essa possibilidade. Aqueles que não se vêm nessa condição, são, por claro, inimigos. Assim, dentro do conceito faz-se tudo, inclusive, o esquecimento da singularidade, do rosto, como queria Lévinas.

Polinices não existiu para Creonte. Após ser inserido no conceito de inimigo, qualquer atitude contra ele poderia ser tomada. Logo, o que a teoria de Jakobs percebe são figuras jurídicas que se encaixam em conceitos dados *a priori*. Essa teoria nascida pelas ações

de Creonte redundou em mortes de toda monta. Morreu o inimigo, morreu a inimiga. Morreram os familiares oriundos da família de Laio marcada pela tragédia. No entanto, não morreram Creonte, e isso nos indica de alguma maneira as conseqüências de uma teoria dessa ordem. Ora, em uma *polis* em que a segurança impera e todos os inimigos são eliminados, em um dado momento esses inimigos poderiam deixar de existir. Daí em diante, quem seria o próximo a ocupar o lugar de Polinices pra que Creonte pudesse criá-lo como inimigo?

### **Referências bibliográficas:**

COULANGES, Fustel de, *A cidade antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. 11ª edição. 2002. Clássica Editora. Lisboa.

DERRIDA, Jacques, *Da Hospitalidade*, Palimage Editores. 2003. Braga.

DERRIDA, Jacques, *Força de Lei – O fundamento místico da autoridade*, Campo das Letras – Editores S.A.. 2003. Porto.

ÉSQUILO, *Sete contra Tebas*, in, MOTA, M. (2013). *Tradução de “Sete contra Tebas”*. Archai, n. 10, jan-jul, p. 145-168.

JAKOBS, Günther, *Direito Penal do Inimigo*. Editora Lumen Juris. 2008. Rio de Janeiro.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; SILVA, Ramon Mapa da, *Ecos do Trágico Sobre a Tragédia Grega e a origem dos Direitos Humanos*. Editora Real Ouro Preto. 2010. Ouro Preto.

SÓFOCLES, *A trilogia tebana*, tradução do grego, introdução e notas de: Mário da Gama Kury. 8ª edição. Jorge Zahar Editor. 1998. Rio de Janeiro.

ZAFFARONI, E. Raúl, *O inimigo no direito penal*. Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan. 2007. Rio de Janeiro.

