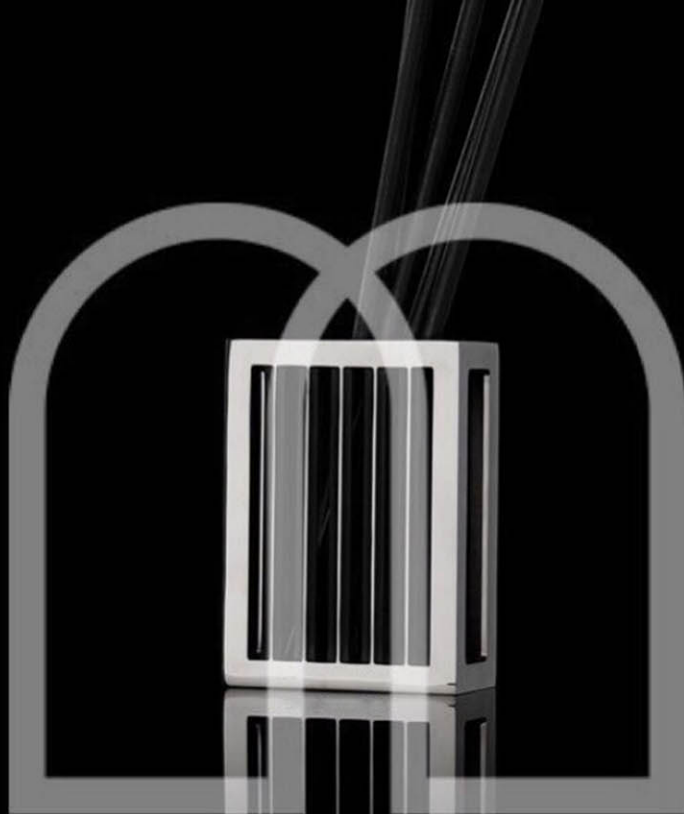




Biopolítica e Direito Penal do Inimigo

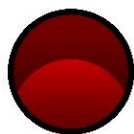
José Francisco Dias da Costa Lyra
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth



A sanção penal, tanto na perspectiva material, após a sentença penal transitada em julgado, quanto instrumental ou cautelar, possui vínculos simbióticos com o poder, com a violência institucionalizada e com o medo. Este, como elemento vital, perpassa a ameaça de flagrante, de investigação, de acusação, de sentença condenatória e da prisão. A política criminal se estrutura e justifica, também, em boa medida, nas perspectivas e dimensões do medo (biomedo, biopolítica). O medo do terrorista está a justificar a política de antecipação da pena, da punição pela suspeita de conduta, pela presunção de periculosidade e não pelo fato (retrocesso ao direito penal do autor e à culpabilidade objetiva). A obra dos doutores e professores José Francisco e Maiquel une biopolítica e o denominado "direito penal do inimigo" que, de direito não se trata, mas de não-direito. Na contemporaneidade, vivemos tempos em que se tem "medo do medo", "medo de não ter medo". Os detentores do poder, sufragados por setores comprometidos da mídia, programam sua política e seus interesses. Nisso, pouco importa o ser humano. Campos de Concentração e Guantánamo são regras ou exceção? A história se repete e recicla costumes, práticas, métodos e o poder punitivo. Os ataques terroristas estruturam políticas criminais que ultrapassam o tempo e o espaço, pois modificam sistemas penais, desde a legislação às práticas judiciais, a *law in action*. A desmaterialização do humano transcende os campos de concentração e Guantánamo; inserem-se nos sistemas e justificam um tratamento diferenciado, sem reconhecimento do outro (alter) como humano. Especificamente no Brasil, é possível observar uma legislação de exceção, a *latere* do Código Penal e do Código de Processo Penal (Lei dos Crimes Hediondos, Lei da Criminalidade Organizada, v.g.); a identificação do acusador e do julgador com a vítima e a consideração do acusado e da defesa como inimigos; o tratamento do investigado e do acusado como res, e não como ser humano e sujeito de direito.



**Biopolítica e
Direito Penal
do inimigo**



Série Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil.

Biopolítica e Direito Penal do inimigo

Notas sobre um Direito Penal da exclusão

José Francisco Dias da Costa Lyra
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Fontella Margoni

Arte de capa: @minimalist — <https://ello.co/minimalist>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais — 52

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi

Biopolítica e direito penal do inimigo: notas sobre um direito penal da exclusão [recurso eletrônico] / José Francisco Dias da Costa Lyra; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

162 p.

ISBN - 978-85-5696-361-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito, 2. Biopolítica, 3. Direito Penal; I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sobre os autores

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Mestre em Direito pela UNIJUI-RS. Especialista em Direito pelo IESA e UNIJUÍ, RS. Professor do Curso de Mestrado em Direito da URI. Também leciona, na mesma instituição, as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no IESA, Santo Ângelo. Juiz de Direito.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIJUI-RS. Professor-pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI-RS e do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS-RS. Autor do livro “Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira”. Editor da Revista Científica “Direitos Humanos e Democracia”, vinculada ao Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI. Advogado.

Sumário

Prefácio	11
-----------------------	-----------

Sistema Penal em tempos de expansionismo punitivista

Nereu José Giacomolli

Introdução	15
-------------------------	-----------

1.....	23
---------------	-----------

Direito penal e biopolítica: notas para uma compreensão dos (des)caminhos do direito punitivo e da produção de vida nua no contexto do transbordamento do estado de exceção

1.1 Os contornos biopolíticos da produção da vida nua e a expansão do Direito Penal	56
---	----

2	95
----------------	-----------

De novo direito penal do inimigo? Uma contradição em termos?

2.1 Direito Penal do Inimigo (Jakobs) ou a Terceira Velocidade do Direito Penal (Silva Sánchez) do Ordenamento Jurídico.....	102
2.2 A Despersonalização dos Inimigos: os não pessoas submetidos a heteroadministração do poder estatal	111
2.3 Uma síntese provisória: O Direito Penal do inimigo jakobsiano descansa no plano meramente descritivo? A sua proposição é legítima?.....	117
2.4 Uma Segunda Análise Crítica: a Teoria dos Sistemas e o Sistema Teleológico-Funcional de Jakobs, ou A (Des)Funcionalidade da Formulação do Direito Penal do Inimigo.....	123
2.5 Uma Última Consideração: a inegável condição intersubjetiva garantista do direito penal e a crítica habermasiana ou mais uma insuficiência do teorema de Jakobs	133

Conclusão.....	143
-----------------------	------------

Referências	149
--------------------------	------------

Referências do Capítulo 1.....	149
Referências do Capítulo 2	153

Prefácio

Sistema Penal em tempos de expansionismo punitivista

Nereu José Giacomolli

A sanção penal, tanto na perspectiva material, após a sentença penal transitada em julgado, quanto instrumental ou cautelar, possui vínculos simbióticos com o poder, com a violência institucionalizada e com o medo. Este, como elemento vital, perpassa a ameaça de flagrante, de investigação, de acusação, de sentença condenatória e da prisão. A política criminal se estrutura e justifica, também, em boa medida, nas perspectivas e dimensões do medo (biomedo, biopolítica). O medo do terrorista está a justificar a política de antecipação da pena, da punição pela suspeita de conduta, pela presunção de periculosidade e não pelo fato (retrocesso ao direito penal do autor e à culpabilidade objetiva). A obra dos doutores e professores José Francisco e Maiquel une biopolítica e o denominado “direito penal do inimigo” que, de direito não se trata, mas de não-direito.

Na contemporaneidade, vivemos tempos em que se tem “medo do medo”, “medo de não ter medo”. Os detentores do poder, sufragados por setores comprometidos da mídia, programam sua política e seus interesses. Nisso, pouco importa o ser humano. Campos de Concentração e Guantánamo são regras ou exceção? A história se repete e recicla costumes, práticas, métodos e o poder punitivo. Os ataques terroristas estruturam políticas criminais que ultrapassam o tempo e o espaço, pois

modificam sistemas penais, desde a legislação às práticas judiciais, a *law in action*. A desmaterialização do humano transcende os campos de concentração e Guantánamo; inserem-se nos sistemas e justificam um tratamento diferenciado, sem reconhecimento do outro (*alter*) como humano. Especificamente no Brasil, é possível observar uma legislação de exceção, a *latere* do Código Penal e do Código de Processo Penal (Lei dos Crimes Hediondos, Lei da Criminalidade Organizada, v.g.); a identificação do acusador e do julgador com a vítima e a consideração do acusado e da defesa como inimigos; o tratamento do investigado e do acusado como *res*, e não como ser humano e sujeito de direito.

A política e os sistemas processuais criminais precisam do medo e da vida, dela se apoderando. Política em todos os poderes e em todas as instituições, inclusive a biopolítica. Com isso, desaparecem as fronteiras entre o racional e o irracional, entre a regra e a exceção, de modo a permitir e justificar tratamentos diferenciados e exclusões. Ao direito penal e ao processo penal se atribuem funções de gestão e prevenção de riscos, típicas das políticas públicas de outros âmbitos funcionais. É que as frustrações pela ineficiência do aparato criminal causam menos desgaste e menor impacto nas disputas do poder político.

O sistema criminal erige-se como forma de controle e prevenção de riscos e perigos, punindo-se condutas mesmo que lícitas, mas com potencialidade danosa, presumidamente perigosas. Isso produz um desvirtuamento das estruturas de imputação criminal e das instrumentais de garantia. A potencialização do perigo, dos riscos, produzidas pelo medo, justificam a exceção. Essa admissibilidade migra da exceção refinada para a criminalidade comum, ao excluído da sociedade e incluído no sistema penal. Esse ciclo gera uma perene situação de emergência, de exceção, necessário à imunização ilusória dos perigos e riscos. Há uma ilusão de segurança com a antecipação da tutela penal, com o encarceramento massivo e com a supressão e redução de direitos e garantias processuais.

O inimigo da sociedade, do poder, no sistema criminal não é uma novidade contemporânea; é apenas uma repetição histórica do mesmo fenômeno; apenas com outros alvos. Isso depende dos interesses econômicos, culturais e políticos.

José Francisco e Maiquel, de forma genial, profunda e séria, estabelecem conexões entre a biopolítica e o denominado direito penal do inimigo, desenvolvendo temas afetos à política criminal, indispensáveis para compreender os sistemas criminais contemporâneos.

Estamos de parabéns!!!

Porto Alegre, verão de 2016.

Introdução

As atrocidades praticadas nos campos de concentração nazistas foram amparadas na Constituição de Weimar. As torturas perpetradas contra os prisioneiros na Baía de Guantánamo não levaram em consideração o disposto na Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 1949¹, e em nenhum momento o foco das discussões sobre as torturas recaiu sobre a possibilidade de o Presidente designar qualquer indivíduo como “combatente inimigo”, o que acabou sendo aceito – até mesmo pelo Judiciário² norteamericano – como um poder inerente à função do chefe do Executivo.

Na realidade brasileira, as violentas incursões policiais nos morros cariocas³ e a alarvaria ínsita ao sistema carcerário⁴ são

¹ A Convenção em questão estabelece alguns limites ao tratamento dos prisioneiros de guerra, estabelecendo, por exemplo, a obrigação de tratar os prisioneiros humanamente, vedando taxativamente a tortura e quaisquer atos de pressão física ou psicológica, a observância das regras sanitárias adequadas, no que concerne à higiene e alimentação, bem como o respeito à religião dos prisioneiros. O texto integral da Convenção está disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

² No julgamento “Hamdi versus Rumsfeld”, a Suprema Corte Americana confirmou a legalidade de prisões de indivíduos intitulados “combatentes inimigos” decidindo, por maioria de votos, que a Constituição permitiria a detenção dos inimigos combatentes por parte do Poder Executivo sem a observância do procedimento penal ordinário. Além disso, visando a manter parte dos poderes excepcionais do Executivo, o Tribunal concluiu pela possibilidade de utilização de simples evidências testemunhais secundárias, bem como que uma “evidência plausível” do *status* de inimigo combatente poderia estabelecer a presunção daquela qualificação. FALLON, Richard H. e MELTZER, Daniel J. Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 8, p. 2047, 2007.

³ Um excelente relatório sobre a violação sistemática de Direitos Humanos dos moradores de morros cariocas em decorrência de operações policiais pode ser consultado em: ANISTIA INTERNACIONAL. “Eles entram atirando”: policiamento de comunidades socialmente excluídas. 2005.

⁴ O livro “Mutirão Carcerário”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se afigura, nesse tema, como uma importante referência para a compreensão da situação deletéria das penitenciárias

praticadas sob a vigência de uma Constituição que tem na dignidade da pessoa humana um dos seus sustentáculos (art. 1º, III).

É também a mesma Constituição que assiste o crescimento das filas de doentes pobres nas filas dos hospitais, a acumulação de pacientes em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciários⁵, a exploração de trabalhadores exaustos nos campos de cultivo de cana-de-açúcar e nas minas de carvão, a proliferação de crianças submetidas à prostituição⁶ e ao trabalho escravo, o crescimento do número de moradores de ruas nos grandes centros urbanos, etc.

Esse pequeno – quando comparado com a amplitude de situações congêneres – rol de fatos que representam uma extrema violação a Direitos Humanos ocorre sob a vigência de Declarações Internacionais de Direitos que de longa data inspiram os discursos jurídico-políticos e tem dado sustenção àquilo que, teoricamente, denomina-se Estado Democrático de Direito.

Paradoxalmente, esse modelo de Estado preconiza a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos como forma privilegiada de conter a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando o desenvolvimento humano. É também esse modelo de configuração estatal que preconiza que a principal função a ser desempenhada pelo Direito Penal é a de redução e contenção do poder punitivo, de forma a mantê-lo dentro dos limites menos irracionais possíveis, colimando impedir a guerra e permitir que os conflitos sociais e políticos sejam resolvidos de forma não violenta. Típico deste modelo seria, portanto, um Direito Penal que está a serviço da contenção das

brasileiras. O material encontra-se disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

⁵ Nesse sentido, consultar: ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

⁶ O documentário CINDERELAS, LOBOS E UM PRÍNCIPE ENCANTADO. Direção: Joel Zito Araújo. Produção: Luís Carlos de Alencar. [Rio de Janeiro: Pipa Produções], 2008. DVD (106 min.) afigura-se, aqui, como uma obra de extrema relevância pra compreensão do assunto da exploração sexual de crianças e adolescentes por meio do chamado “turismo sexual” no Brasil.

pulsões absolutistas do Estado de polícia, e que, em virtude disso, é utilizado como *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. Em um marco tal, o respeito aos direitos fundamentais do ser humano seria o pressuposto central da intervenção punitiva.

Como se justificam, então, as violações acima referidas? A partir do momento em que se descortina o universo da biopolítica – a partir das obras de Michel Foucault e Giorgio Agamben – torna-se possível a compreensão de que a exposição à morte é justamente o que viabiliza o exercício do poder na contemporaneidade. A biopolítica representa o movimento por meio do qual se dá a implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder. E é precisamente o estudo da biopolítica que viabilizou a compreensão dos motivos pelos quais o homem da contemporaneidade encontra-se exposto a uma violência sem precedentes: nunca antes na história ele foi exposto à morte de forma tão corriqueira e trivial como atualmente.

É isso que permite compreender como se dá o nexo entre sistemas tão incompatíveis a uma primeira vista: tanto nas democracias parlamentares quanto nos estados totalitários, o centro das intervenções políticas é a vida. É isso que explica como experiências políticas tão antagônicas podem se apresentar sem solução de continuidade, porque os sistemas podem se transmutar um no outro com extrema facilidade. Enfim, como o estado de exceção pode se tornar, como denunciado pela obra agambeniana, o paradigma dominante da política contemporânea. Afinal, a partir do momento em que o referente fundamental das distinções políticas tradicionais (direita, esquerda, liberalismo, totalitarismo, público, privado...) passa a ser a vida nua, elas perdem sua clareza e inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação.

Nesse sentido, a figura do *homo sacer* se transforma no paradigma da política moderna. A lei aplica-se-lhe desapplicando-se. O *homo sacer*, então, se apresenta como um indivíduo que é posto para fora da jurisdição humana sem que, com isso, passe para a esfera divina.

Aqui se encontra, então, o ponto fundamental: o préstimo fundamental da soberania é justamente a produção da vida nua. Nesse sentido, os direitos humanos exprimem, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de sacrifício, a uma exposição irreparável a uma relação de abandono. A vida humana (zoé) se politiza (*bíos*) somente na medida em que é abandonada a um poder incondicionado de morte.

Revela-se, nesse ponto, uma nova compreensão dos direitos humanos e das declarações de direitos fundamentais. Elas passam a representar a inscrição da vida natural na ordem jurídica e política do Estado-nação. A vida nua que outrora pertencia a deus, agora integra, em primeiro plano, a estrutura do Estado e se transforma no principal fundamento de sua legitimidade e soberania. Isso justifica a sobredita exposição sem precedentes do homem contemporâneo à violência: se o estado de exceção se converte na regra, todos são, virtualmente, *homines sacri*. Em outras palavras, isso significa afirmar que a biopolítica, na contemporaneidade, é a única forma de política existente.

As contínuas cesuras operadas, então, pela biopolítica contemporânea representa nada além do que a sua necessidade de redefinir constantemente o limiar que articula e separa o que está dentro e o que está fora. A zoé politizada por meio das declarações de direitos precisa ser constantemente cindida para que esses limiares permitam isolar uma quantidade de vida sacra necessária para a perpetuação do poder.

A sutileza desse movimento apreendido pela obra foucaultiana e agambeniana foi fundamental para a compreensão do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal na contemporaneidade – cuja expressão máxima abordada neste livro é o Direito Penal do Inimigo teorizado por Günther Jakobs. Isso porque se evidencia justamente que o medo e a insegurança que permeiam as relações sociais na contemporaneidade, em decorrência das novas tecnologias e da incerteza que o futuro da sociedade globalizada representa, bem como diante do

enxugamento até o limite máximo do modelo de Estado pautado no bem-estar social, conduzem a um ambiente de “guerra global” que se instaurou nos albores do século XXI, em especial depois dos atentados terroristas ocorridos em Nova Iorque em setembro de 2001.

Como consequência inafastável dos cada vez mais fortes sentimentos de insegurança e medo na sociedade contemporânea, bem como da utilização deste “medo” enquanto “capital político”, a população passa a clamar por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social. Em razão disso, o Direito Penal que se estrutura nesse contexto, em atenção a estes anseios populares, passa por um processo de expansão do seu raio de intervenção, com uma significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da política criminal.

Essa busca por “eficiência” exige a adequação dos conteúdos do Direito Penal e Processual Penal à nova realidade, o que perpassa por um processo de “atualização” dos instrumentos punitivos, com a consequente flexibilização e/ou supressão de garantias penais e processuais penais liberais. O Direito Penal do Inimigo, aqui, se afigura como o legado de Gunther Jakobs para a construção de um modelo de Direito Penal da exclusão.

Sob influxos expansivos, o Direito Penal do inimigo, guiado pelos signos do *simbolismo* e *punitivismo*, dota o sistema penal de um inédito protagonismo, ao liberar a violência estatal que a ideologia da Ilustração, a duras penas, tentou domesticar. Preconizando a revisão das garantias constitucionais, o estabelecimento de penas desproporcionais e uma ampla punição em estágio prévio, características estas da formulação de Jakobs, o poder e a violência, entendidos como o *veneno* que alimenta a violência do Estado, restam radicalmente liberados de qualquer controle. As forças de *lei* e *ordem* da razão do Estado, que sempre rondaram o Direito, assumem a forma de guerra. Consolida-se uma cultura da emergência (ou do eficientismo penal), convertendo-se o Direito Penal (excepcional) em uma *prima ratio*

para a solução dos conflitos sociais e políticos, estendendo o modelo bélico até eles.

Nesse entorno, o controle penal é convertido em uma panaceia para os males sociais, deslizando ou para o modelo totalitário de política criminal que permite a despersonalização e desumanização do coletivo de pessoas, isto é, dos inimigos ou infiéis da sociedade da opulência, os quais, pela forma de condução de vida e por terem se apartado do Estado de Direito, perdem a condição de pessoas e são privados do *status* jurídico. Como inimigos que são, valem apenas *intuitivamente* como pessoas. Logo, a forma-Estado, na atualidade, dá-se por um cariz preventivo e proativo para enfrentar riscos e dissensos, mesmo que mediante sacrifício e violação de direitos fundamentais que, afinal, já não mais pertencem a todas as pessoas. É o *estado da arte* em que a exceção não aparece como sendo uma anormalidade funcional do Direito. Ao contrário, sinaliza um tempo em que o controle penal se erige como uma verdadeira *máquina de captura de corpos*, vocacionado à incapacitação e exclusão de malfeitores, os inimigos do pacto social.

O cenário atual descortina a problemática questão da legitimidade das práticas excepcionais levadas a cabo pelos estados *democráticos* que, funcionalizando o Direito penal do inimigo, estabeleceram preocupante revisão do estatuto jurídico, primando em estabelecer penas draconianas (inclusive para crimes comuns, tais como delitos contra o patrimônio, delitos sexuais, crimes de drogas) e flexibilizar as garantias constitucionais, como se dá na tentativa de punição do crime de terrorismo, bem como do atual projeto de redução da menoridade penal ou ainda, de transformar os crimes funcionais em hediondos, para citar alguns exemplos do caso brasileiro. Torna-se por demais sensível a secular tensão entre a *liberdade* e a *segurança*, contraposição que sempre acompanhou o tema da legitimidade do Estado de Direito e, que agora, no momento que a segurança cidadã se transforma em um direito fundamental, pende no sentido de emprestar maior valor à

prevenção em detrimento das garantias constitucionais da cidadania.

Assim, sobressaem algumas indagações a respeito da política criminal a ser implementada pelo Estado, especialmente se é necessário, para combater a criminalidade, a flexibilização das garantias constitucionais? Não se pode perder de vista, nesse particular, que a resposta positiva implica na aplicação (pelo Direito) de práticas excepcionais, as quais *suspendem* direitos e garantias. Convive-se, então, com espaços do não Direito e verdadeiras zonas de *anomia*, nas quais a razão do Estado se apresenta como um ato de força capaz de eliminar a vida *jurídica* do sujeito?

Tais interrogações, presentes no *habitat* do Direito estatal contemporâneo, são a pulsão do presente estudo, que pretende, em um primeiro momento, demonstrar, a partir de uma perspectiva material da biopolítica do controle estatal (informada, principalmente, pelo pensamento de Foucault e Agamben), que o *estado de exceção*, em face do incessante avanço do paradigma da “guerra mundial permanente”, tende a se apresentar como o modelo dominante na política contemporânea e, portanto, do Direito Penal. Superada a primeira parte, o foco centra-se no estudo da mutação do Direito Penal para uma *terceira velocidade* (excepcional), ou seja, no Direito Penal do inimigo de formulação jakobsiana, buscando a sua origem, características e, por fim, aporias e inconstitucionalidade.

**Direito penal e biopolítica:
notas para uma compreensão dos
(des)caminhos do direito punitivo e da
produção de vida nua no contexto do
transbordamento do estado de exceção**

Os atentados terroristas que ocorreram em grandes centros urbanos no início do novo milênio – particularmente os ataques em Nova Iorque, em 2001, e em Madri, em 2004 – deflagraram sinais de alerta nas políticas de segurança dos mais diversos países, suscitando a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em dar respostas efetivas a esses problemas. Invariavelmente, os discursos de enfrentamento ao que se convencionou chamar de “terrorismo internacional” perpassam pela necessidade de relativização dos limites da dominação que pode ser exercida pelos órgãos estatais. A flexibilização de garantias como, por exemplo, o direito à liberdade e à intimidade, passou a ser tolerada e até mesmo defendida como imprescindível em nome da eficácia que o “combate” ao terrorismo requer.

Contudo, a partir do momento em que ditas flexibilizações passaram a ocorrer de modo sistemático, contaminando as legislações de diversos países, verifica-se que o estado de exceção encapsulado a duras penas no bojo dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos vem sendo paulatinamente desvelado. Não é raro que, na busca por formas eficientes de combate às

novas formas assumidas pela criminalidade, os Estados lancem mão da tortura, do sequestro e do campo extralegal como instrumentos para a garantia da “segurança”. Libera-se, dessa forma, a violência dominante de suas limitações, o que conduz à constatação de que as democracias ocidentais não parecem capazes de enfrentar o terrorismo internacional sem a utilização de instrumentos e estratégias que minam os valores sobre os quais se encontram assentadas¹. Observa-se o surgimento de uma nova cultura punitiva pautada na ideia de “radicalização” do controle social².

Nesse rumo, a perspectiva da “manutenção da ordem” passa a ser englobada por uma problemática muito mais ampla: trata-se da “segurança”, que se funda na ideia de proteção dos indivíduos em relação aos riscos de qualquer natureza aos quais eles porventura estejam expostos. Isso significa que a temática da segurança conduz a uma “*concepção extensiva da manutenção da ordem*”, ligada ao aparecimento de novas ameaças.”³ Nesse contexto, é possível afirmar que, não raras vezes, o “delinquente real” dá lugar ao “delinquente potencial”, uma vez que o fantasma do “risco zero” conduz ao controle da população chamada de risco⁴.

A preocupação com essas novas ameaças pode ser compreendida como uma consequência inarredável do desenvolvimento do capitalismo. Afinal, como Beck⁵ denuncia, na modernidade tardia “a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”. A modernização é “reflexiva”, ou seja, converte-se a si mesmo em tema e problema:

¹ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

² DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Seuil, 2010.

³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64-65.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Seuil, 2010.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 23.

“atualmente a sociedade se vê, ao lidar com riscos, *confrontada consigo mesma*.”⁶ Nesse rumo, o autor em questão menciona que “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico.”⁷

Nesse ambiente, o terrorismo pode ser visto como um dos “novos riscos” que mais obrigou o Estado a se reinvestir nas suas funções eminentemente estatais, inclusive com limitações consideráveis ao exercício de determinadas liberdades públicas pelos cidadãos, por ocasião da colocação da segurança como uma das prioridades da agenda política. Ocorre que, paradoxalmente, o terrorismo também foi o responsável por ressaltar as falhas dos sistemas de proteção existentes e ampliar, consequentemente, o sentimento de insegurança em âmbito global.

Na lição de Hard e Negri⁸, o terrorismo na contemporaneidade transforma-se em um conceito político que pode designar, dependendo do contexto, três diferentes fenômenos, que podem se apresentar em separado ou conjuntamente. Em primeiro lugar, designa as revoltas ou rebeliões contra um governo legítimo; em segundo, designa o exercício da violência política por parte de um governo, que implica violação a direitos humanos (e inclusive a violação ao direito de propriedade, na opinião de alguns); por fim, designa a prática da guerra sem observância às regras de combate, até mesmo com ataques a civis. O problema, segundo os referidos autores, é que essas definições “variam de acordo com aquele que esteja definindo seus elementos principais: quem pode determinar,

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 275.

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

por exemplo, o que é um governo legítimo, o que são os direitos humanos e quais as regras da guerra?” Desse modo, “até mesmo os Estados Unidos poderiam ser considerados um Estado terrorista.” E é em razão dessa instabilidade de sua definição, que “o conceito de terrorismo não fornece uma base sólida para entender o atual estado de guerra global.”⁹

Sobre o tema, Virilio¹⁰ sustenta que o medo e o pânico passam a ser os grandes argumentos da política moderna. Ao refletir sobre o fenômeno da *metropolarização*, ou seja, o ressurgimento da cidade-Estado diante do declínio do Estado-nação no bojo do processo de globalização, o autor refere que “*la catástrofe más grande del siglo XX ha sido la ciudad*, la metrópolis contemporánea de los desastres del Progreso”. Isso porque à hiperconcentração megalopolítica agrega-se não somente o hiperterrorismo de massas, “sino también una delincuencia pánica que reconduce a la especie humana a la danza de muerte de los orígenes, convirtiendo nuevamente a la ciudad en una ciudadela, o dicho de otro modo, en un blanco para todos los terrores, domésticos o estratégicos.”

Na ótica do autor citado, o cidadão da contemporaneidade é chamado a cumprir funções de alerta policial e eventualmente funções militares. No entanto, esses cidadãos agem dominados pelo pânico diante da insegurança, o que anula qualquer possibilidade de reflexão. Cada pessoa torna-se, nesse processo, inimiga potencial da outra. A vida nas grandes cidades passa a ser então o terreno de uma luta de todos contra todos. Disso decorre o surgimento de uma ideologia da segurança, que age em todos os lados e sem demora para evitar surpresas, o que significaria um retorno ao Estado policial¹¹.

⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 38-39.

¹⁰ VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011, p. 88.

¹¹ VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

No que diz respeito às consequências destes eventos terroristas na seara jurídico-penal, a tragédia envolvendo as torres gêmeas em Nova Iorque pode ser vista como o estopim de uma nova doxa punitiva, pautada pela noção de *guerra*. Segundo Delmas-Marty¹², “les dangers ont existé de tout temps et en tous lieux, mais les attentats du 11 Septembre en ont peut-être changé la perception, et ont en tout cas modifié les réactions.” Com efeito, os eventos de 11 de setembro de 2001 obrigaram ao reconhecimento de uma situação de “guerra global”, que se transforma em uma “condição geral”: “em determinados momentos e lugares, pode haver cessação das hostilidades, mas a violência letal está presente como potencialidade constante, sempre pronta a irromper em qualquer lugar.”¹³

Nesse contexto, entra em crise a ilusão de segurança na qual vivia o “Primeiro Mundo”, ao ser exposta a vulnerabilidade originária do homem diante de outros seres humanos, vulnerabilidade esta que “se exacerba bajo ciertas condiciones sociales y políticas, especialmente cuando la violencia es una forma de vida y los medios de autodefensa son limitados.”¹⁴

A consciência dessa vulnerabilidade pode ser convertida em base para uma solução pacífica dos problemas sociais, mas, por outro lado, a sua negação por meio de fantasias (institucionalizadas) de dominação pode fortalecer os argumentos a favor da guerra. Nesse sentido, ao declarar “guerra ao terrorismo”, os Estados Unidos não fizeram outra coisa senão negar de forma absoluta a sua vulnerabilidade, exposta pelos atentados.

¹² DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Seuil, 2010, p. 12.

¹³ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 22-23.

¹⁴ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 55.

Em um contexto tal, o medo, compreendido como sentimento de vulnerabilidade, converteu-se em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos. Criaram-se “inimigos” com o objetivo único de eliminar toda resistência às estratégias das posições dominantes. Com efeito, antes de terem efetivamente inaugurado uma “nova era” da política internacional, os eventos de 11 de setembro de 2001 apenas trouxeram à tona processos que já se alastravam há longa data no cenário político. Muitas das medidas securitárias adotadas após os atentados foram gestadas muito antes de eles acontecerem. O que faltava para elas emergirem era apenas um bom pretexto. E a “guerra ao terrorismo” constituiu uma justificativa perfeita. Assim, assinala Pérez Cepeda¹⁵ que

la guerra se convierte en un instrumento natural para preservar un orden igualmente natural que se identifica indisolublemente con los intereses neoliberales y con el instrumento decisivo de su ideario político: el dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo, reduciendo la mundialización a una dimensión, la económica.

Considerando-se, então, que “uma guerra para criar ou manter a ordem social não pode ter fim” e que ela “envolverá necessariamente o contínuo e ininterrupto exercício do poder e da violência”¹⁶, verifica-se, como uma consequência inarredável desse processo, a indeterminação, em termos espaciais e temporais, dos limites da guerra na contemporaneidade. De fato,

a guerra à maneira antiga contra um Estado-nação tinha claras delimitações espaciais, embora pudesse eventualmente disseminar-se por outros países, e seu fim geralmente era

¹⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007, p. 126.

¹⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 35.

marcado por uma rendição, uma vitória ou uma trégua entre os Estados em conflito. Em contraste, a guerra contra um conceito ou um conjunto de práticas, mais ou menos como uma guerra de religião, não conhece limites espaciais ou temporais definidos. Tais guerras podem estender-se em qualquer direção, por períodos indeterminados. E com efeito, quando os dirigentes americanos anunciaram sua ‘guerra ao terrorismo’, deixaram claro que deveria estender-se por todo o mundo e por tempo indefinido, talvez décadas ou mesmo gerações inteiras¹⁷.

Com isso, o estado de exceção – paradoxalmente – transforma-se na regra, ocupando o espaço da normalidade, o que faz com que se torne cada vez mais obscura a distinção tradicional entre guerra e política, dado que “a guerra vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações.”¹⁸

Na teorização de Agamben¹⁹, o estado de exceção “tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”. Para o autor²⁰, “o espaço ‘juridicamente vazio’ do estado de exceção [...] irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível.”

Esse “transbordamento” do estado de exceção é visualizado por Agamben²¹ como uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, nas quais a declaração de um estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização

¹⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 35.

¹⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 33.

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 13.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 44.

²¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo. A ideia agambeniana é demonstrar que “o estado de exceção independe progressivamente da ameaça bélica, que originalmente o justificava, desloca-se até as situações de emergência econômica (crises econômicas, desvalorizações drásticas) e finalmente converte-se em uma prática habitual.”²²

Em razão disso, pode-se afirmar que “a democracia permanece vulnerável quando o meio escolhido para justificar sua existência não coincidir em ato com sua potência. Esse deslocamento é cada vez mais comum na condução dos estados democráticos atuais e mostra, na prática, a presença patente do estado de exceção.”²³ Isso ameaça transformar radicalmente a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição, afinal, o estado de exceção não é outra coisa senão um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.²⁴

²² CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben**: uma arqueologia da potência. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 77.

²³ MARTINS, Jasson da Silva. Biopolítica e governamentalidade. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito**: inflexões filosóficas. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 165.

²⁴ A partir da teorização de Carl Schmitt – retomada por AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 22-23 – o soberano é quem tem a competência para decidir sobre o estado de exceção: “a exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual passam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é ‘direito aplicável a uma situação’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto reside a essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado em um sentido geral que deve ser ainda desenvolvido. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito... A exceção é mais interessante do que o caso normal. Este

Com efeito, por meio do estado de exceção, o soberano cria e garante uma situação da qual o direito tem necessidade para a sua própria vigência, ou, em outros termos, “somente porque a validade do direito positivo é suspensa no estado de exceção, ele pode definir o caso normal como âmbito da própria validade.”²⁵

último nada prova, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra: a regra mesma vive só da exceção.”

É na figura do soberano, portanto, que reside o paradoxo: se ele tem o poder de manter a ordem ou declarar a exceção, isso significa que o ordenamento jurídico está à sua disposição. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 143-144 explica que essa “disponibilidade” do ordenamento jurídico pelo soberano na teoria de Schmitt decorre da compreensão de que, nos casos de emergência, é o Executivo, e não o Judiciário, que tem o poder de definir e enfrentar o inimigo. Nesses casos, o soberano estaria habilitado a decidir sobre a suspensão dos limites e garantias estabelecidos na Constituição na medida em que julgasse necessário, e isso sem controle algum por parte do Judiciário. Para tanto, parte-se da compreensão da Constituição enquanto “um conjunto de leis e que umas têm prioridade sobre outras”, justamente o que permitiu “a hierarquização de normas constitucionais e, com isso, legitimou a implosão da Constituição de Weimar”, dado que, em virtude dessa justificativa, “pode-se violar impunemente a Constituição e argumentar-se que isso é feito para manter sua vigência; pode-se usurpar o poder constitucional e afirmar que se permanece dentro do direito, isto é, que se legitima qualquer de golpe de Estado e, em particular, o chamado *auto-golpe* ou assunção de poderes absolutos pelo Executivo, cancelando o legislativo e o judiciário.” Nesse rumo, “bastaria sempre ao soberano magnificar uma situação de emergência para invocar a necessidade e estabelecer a ditadura, que, ademais, seria *jurídica*.”

Sobre o tema, BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 65-66 salienta: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção’. Com esta célebre frase, que inicia o livro *Teologia política*, Carl Schmitt destacou a soberania como uma função politicamente indispensável para afirmar uma ordem. O sentido concreto da controvérsia sobre a soberania se dá sobre aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e o do Estado, a segurança e a ordem públicas. [...] A soberania é a ‘competência’ imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. Para Schmitt, a soberania era a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Deste modo, definir a soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei.”

No mesmo sentido é a observação feita por RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFORT, Francisco C.. **Os clássicos da política**. Vol. I. São Paulo: Ática, 2002. p. 51-77, p. 63 quando da análise do contrato social hobbesiano: “Para montar o poder absoluto, Hobbes concebe um contrato diferente [...]. Observemos que o soberano não assina o contrato – este é firmado apenas pelos que vão se tornar súditos, não pelo beneficiário. Por uma razão simples: no momento do contrato não existe ainda o soberano, que só surge *devido ao contrato*. Disso resulta que ele se conserva fora dos compromissos, e isento de qualquer obrigação.”

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 24.

Pode-se afirmar, então, que o Estado moderno é “a um só tempo, constituinte e constituído, fundador de sua própria lógica jurídica e por ela mesma fundamentado”, de sorte que “o Estado moderno vive sob a constante ameaça de um ato extrajurídico, capaz de depô-lo de seu pedestal.”²⁶

Efetivamente, a exceção é uma espécie de exclusão singular, no que se refere à norma geral. O que a caracteriza, no entanto, é justamente o fato de que aquilo que é excluído não permanece, em razão disso, fora de relação com a norma, mas mantém esse relacionamento sob a forma da *suspensão*, o que significa dizer que “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.” Desse modo, o estado de exceção não representa “o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua supressão” ou, em outras palavras, “não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela.”²⁷

Para dar sustentação à sua teorização, Agamben²⁸ salienta que a exceção é a forma originária do direito: na Lei de Talião evidencia-se claramente que a ordem jurídica, em sua origem, não se apresenta como sanção de um fato transgressivo, mas sim como repetição do mesmo ato sem sanção alguma. A repetição do ato não representa a sua punição, mas sim a sua inclusão na ordem jurídica, ou seja, a violência como ato jurídico primordial.

O paradoxo, aqui, é que a exceção representa justamente uma *exclusão inclusiva*: aquilo que em nenhum caso pode ser incluído vem a ser incluído na forma da exceção²⁹. Como salienta

²⁶ MARTINS, Jasson da Silva. Biopolítica e governamentalidade. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito**: inflexões filosóficas. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008, p. 166.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 24-25.

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

²⁹ BARSALINI, Glauco. **Estado de exceção permanente**: soberania, violência e direito na obra de Giorgio Agamben. Tese de doutorado. Campinas, SP: 2011, p. 3) apreende o paradoxo ao construir a

Ruiz³⁰, “o estado de exceção criou-se como forma legal daquilo que não pode ser legal.” Logo, “o direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta.”³¹

No estado de exceção, portanto, torna-se impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução: nele, o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem sem resíduos. A partir do momento em que o exercício da soberania deságua na deflagração do estado de exceção, o nexó original entre violência e direito é mantido. A violência exercitada no estado de exceção, portanto, não conserva nem simplesmente põe o direito, “mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se dele.”³² Em outras palavras,

é como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.³³

Nesse rumo, o estado de exceção designa um “estado da lei” no qual a norma está em vigor, porém não se aplica, porque não tem “força”. Por outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem

seguinte sentença: “determinar a suspensão da regra (a exceção) significa garantir a continuidade da regra, na medida em que tal determinação se justifica pela ameaça que sofre o estado da não exceção.”

³⁰ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 21.

³¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 34.

³² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 69.

³³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 48-49.

essa sua “força”³⁴. Logo, “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei.”³⁵ Isso significa que “para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção”, razão pela qual se pode afirmar que o estado de exceção “marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.”³⁶

Essas ideias de força de lei separada da lei, de vigência sem aplicação, são algumas das ficções das quais o direito lança mão no intuito de incluir em si sua própria ausência, apropriando-se do estado de exceção ou, pelo menos, assegurando uma relação com ele. A força de lei sem lei, ou “força de lei” – como designa Agamben³⁷ – representa, portanto, a antítese da lei, uma vez que obriga mesmo não reunindo as condições formais para tanto. Nas palavras de Nascimento³⁸, no estado de exceção a “aplicação divorcia-se da norma. O que resta é somente um excesso de aplicação inconsistente e materialmente opressivo, sem qualquer referência à norma.”

Agamben não limita a discussão sobre o estado de exceção ao campo teórico: ao contrário, salienta que um dos interesses da sua pesquisa é justamente demonstrar – concretamente – de que modo a exceção se transforma no paradigma dominante da política

³⁴ Como observa NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico:** percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 114), “o curioso é que a expressão *força de lei* se refira, no seu uso cotidiano e técnico, justamente aos atos que não possuem o *status* de lei. Não há sentido em dizer que uma lei tem força de lei. A expressão mostra a que veio quando dizemos que um decreto expedido pelo executivo ou uma medida judicial tem força de lei.”

³⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 61.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 63.

³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

³⁸ NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico:** percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 114.

contemporânea. E é justamente nas medidas adotadas pelos Estados Unidos no período pós-11 de setembro de 2001 no “combate ao terrorismo” – como a “indefinite detention”, o processo perante as “military commissions”, bem como o “USA Patriot Act”³⁹ –, que o filósofo italiano busca argumentos para afirmar que “a novidade da ‘ordem’ do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.”⁴⁰

Segundo o autor, os homens capturados no Afeganistão e presos em Guantánamo não gozam do estatuto de prisioneiros de guerra segundo a Convenção de Genebra, bem como não são considerados acusados pelas leis norte-americanas. Quer dizer: “nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário.”⁴¹ Situações como a dos presos de Guantánamo repristinam os horrores dos campos de concentração nazistas, afinal, o campo não é outra coisa senão o “*espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra.*”⁴² Isso porque, no campo, o

³⁹ O texto integral do *USA Patriot Act* pode ser acessado em: <<http://www.politechbot.com/docs/usa.act.final.102401.html>>. Um detalhe que chama a atenção, no texto, é a forma pouco clara como é feita a definição de que são atos considerados terroristas, uma vez que a natureza terrorista das infrações é ligada à intenção do autor e ao seu objetivo político de intimidar ou restringir o poder institucional, noções essas bastante vagas e sujeitas à discricionariedade, portanto, do agente que as aplica, o que representa um claro exemplo de uma legislação de emergência, típica de um estado policialesco. Daí a possibilidade de as autoridades, à luz da normativa, disporem do poder de prender e reter por tempo indeterminado estrangeiros suspeitos de contato com grupos terroristas. Além disso, o documento em questão autoriza “legalmente” inúmeras violações de liberdades civis, a exemplo do sigilo de correspondência e e-mails, de conversas telefônicas, dados bancários, registros médicos, etc.

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 14.

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 14.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 164.

estado de exceção deixa de ser uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo e adquire uma disposição espacial permanente que se mantém, no entanto, estavelmente fora do ordenamento normal. O campo de concentração – conceitua Duarte⁴³ – é “todo espaço de exceção que escapa ao direito formal constituído, muito embora jamais seja pura exterioridade em relação ao direito.”

Nesse rumo, o campo é “a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*.” Nele, questões de fato e de direito são indiscerníveis, de modo que qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que sucede no campo é absolutamente desprovido de sentido. Quer dizer: “*o campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis.*”⁴⁴

Em seu estudo acerca da situação dos judeus capturados em Auschwitz, Agamben⁴⁵ refere que o campo configura “exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide, de maneira perfeita, com a regra, e a situação extrema converte-se no próprio paradigma do cotidiano.” Logo, pode-se afirmar que

o campo é o espaço em que ordenamento está suspenso e em seu lugar se coloca a vontade soberana. No campo a vontade soberana coincide com a lei. No campo a lei é o arbítrio do soberano. Nesse caso, a vida humana que cai sob a condição da exceção se torna um verdadeiro *homo sacer*. É uma vida nua

⁴³ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 286.

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, P. 166.

⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 57.

sobre a qual vigora a vontade soberana como lei absoluta e a exceção como norma de sua existência.⁴⁶

Ao comentar as fotografias dos prisioneiros de Guatánamo divulgadas pelo Departamento de Defesa dos EUA, Butler⁴⁷ refere que eles se assemelham a animais enjaulados, o que, segundo a autora, representa um processo de “bestialización de lo humano”, corroborado pelas afirmações de Donald Rumsfeld no sentido de que os referidos prisioneiros não são como outros seres humanos em guerra, razão pela qual “no son ‘castigables’ para la ley, sino merecedores de una reclusión forzada inmediata y sostenida.” São, portanto, considerados “algo menos que humanos, que de algún modo asumen forma humana”. Pode-se afirmar, portanto, que eles representam “una equivocación de lo humano, lo que explica en buena parte el escepticismo acerca de la aplicabilidad de leyes e derechos.”⁴⁸

A figura do muçulmano⁴⁹ dos campos de concentração nazistas é então repristinada nos prisioneiros de Guantánamo:

⁴⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 14.

⁴⁷ BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 104.

⁴⁸ Como assevera NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 207, as imagens dos prisioneiros de Guantánamo servem para ilustrar o fato de que “aqueles que não comungam do tipo de racionalidade dominante no mundo ocidental, quer porque se utilizam de táticas de combate diversas, quer porque não chegam a assimilar certos princípios aparentemente universais, têm sua humanidade esvaziada e são, mais adiante, recebidos como figuras do mal. Por tudo isso, os agentes americanos não se sentem obrigados a tratá-los como outros humanos, sujeitos aos mesmos princípios e direitos. Ao contrário, a divulgação das imagens de detentos sujos e maltrapilhos contribui para a conscientização da população em geral sobre o imenso fosso que os separa de seu mundo cultural e, do ponto de vista da luta contra o terrorismo, serve como exposição do objeto de vingança e atestado de vitória [...]. A partir de então, acreditar que os detidos sejam criminosos perigosos e incuráveis, prontos para cometerem todo tipo de selvageria assim que libertados de suas celas, não exige um elevado grau de abstração. O resultado é a concreção de uma cultura da suspeição contra o diferente, especialmente contra aqueles apontados como potenciais terroristas pelo governo oficial e suas fileiras.”

⁴⁹ A expressão “muçulmano” era utilizada nos campos de concentração nazistas para designar os prisioneiros enfermos, uma vez que sua imagem prostrada, quando observados de longe, fazia

enquanto perfeita demonstração de uma situação extrema por excelência, o campo permite a decisão soberana sobre o que é humano e sobre o que não merece tal *status*. Os prisioneiros de Guantánamo, assim como os judeus capturados em Auschwitz, representam a imagem de “um ser indefinido, no qual não só a humanidade e a não-humanidade, mas também a vida vegetativa e a de relação, a fisiologia e a ética, a medicina e a política, a vida e a morte transitam entre si sem solução de continuidade.” Ao matar, o poder se auto-suprime, mas ao submeter as vítimas a uma situação de fome e degradação, o poder ganha tempo, o que lhe permite a fundação de um terceiro reino entre a vida e a morte, de forma a atestar o seu triunfo sobre a humanidade do homem. Tal afirmação significa que esse terceiro reino “é a cifra perfeita do campo, do não-lugar onde todas as barreiras disciplinares acabam ruindo, todas as margens transbordam.”⁵⁰

No campo, então, estão aquelas vidas que – na expressão de Butler⁵¹ – não merecem ser lamentadas. Com efeito, ao refletir acerca da diferença de tratamento dispensada às mortes provocadas pelos atentados terroristas nos EUA e as mortes perpetradas pelos EUA na luta contra o terrorismo, a autora busca discutir o que conta como humano, ou seja, as vidas que efetivamente contam como vidas e, em última instância, o que faz com que uma vida valha ou não a pena. Isso porque, para a autora, “la vida se cuida y se mantiene diferencialmente, y existen formas radicalmente diferentes de distribución de la vulnerabilidad física

lembrar de árabes em oração. “O muçulmano não causava pena a ninguém, nem podia contar com a simpatia de alguém. Os companheiros de prisão, que temiam continuamente pela própria vida, nem sequer se dignavam de lhe lançar um olhar. Para os prisioneiros que colaboravam, os muçulmanos eram fonte de raiva e preocupação; para as SS eram apenas inútil imundície. Tanto uns quanto os outros só pensavam em eliminá-los, cada um à sua maneira.” (RYN e KLODZINSKI apud AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz:** o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 51).

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz:** o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 56.

⁵¹ BUTLER, Judith. **Vida precária:** el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

del hombre a lo largo del planeta”. Isso porque “ciertas vidas están altamente protegidas, y el atentado contra su santidad basta para movilizar las fuerzas de la guerra. Otras vidas no gozan de un apoyo tan inmediato y furioso, y no se calificarán incluso como vidas que ‘valgan la pena’.”⁵²

A violência, nesses casos, é exercida contra sujeitos irreais, considerando-se que não há dano ou negação possíveis a partir do momento que se está tratando de vidas já negadas, de vidas que já estavam perdidas para sempre, ou que nunca “foram”, razão pela qual devem ser eliminadas por viverem obstinadamente nesse estado moribundo. Em um contexto tal, a “desrealização” do “outro” quer dizer que não está nem vivo nem morto, mas em uma interminável condição de “espectro”. Assim, a paranoia infinita que vê a guerra contra o terrorismo como uma guerra sem fim se justifica incessantemente em relação com a infinitude espectral de seu inimigo, sem considerar se há ou não bases firmes para suspeitar da existência de células terroristas em contínua atividade⁵³.

Ao se debruçar sobre o caso específico da *indefinite detention*⁵⁴ em Guantánamo, Butler⁵⁵ assevera que em nome de alertas de segurança e de um estado de emergência, a lei acaba sendo suspensa em plano nacional e internacional e, juntamente com esse ato, impõe-se um novo estado de soberania que não somente se exerce fora da lei, mas também contrói-se por meio da

⁵² BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 58.

⁵³ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

⁵⁴ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 97, considera a detenção indefinida “un ejercicio ilegítimo del poder” ao mesmo tempo que representa parte de “una táctica más amplia para neutralizar el estado de derecho en nombre de la seguridad.” A detenção indefinida, assim, não significa uma circunstância excepcional, mas sim o meio pelo qual o excepcional se converte em uma norma naturalizada.

⁵⁵ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

criação de uma burocracia administrativa na qual os funcionários, além de decidir quem será julgado e quem será detido, são também os que têm a última palavra acerca da detenção indefinida de uma pessoa.

Nestes casos,

la propia ley queda suspendida, o bien considerada como un instrumento que el Estado puede poner al servicio de constreñir y delimitar una población dada. El Estado no está sujeto al estado de derecho, pero la ley puede suspenderse o desplegarse táctica y parcialmente para cumplir con los requisitos de un Estado que busca cada vez más dotar de un poder soberano al Ejecutivo y a la administración. La ley se suspende en nombre de la ‘soberanía’ de la nación –entendida como la obligación de cualquier Estado de preservar y proteger su propia territorialidad–. Por este acto de suspender la ley, el Estado queda entonces desarticulado en un conjunto de poderes administrativos que en alguna medida se sitúan en el exterior del aparato del Estado mismo, mientras que las formas de soberanía que resucitan en su interior señalan la persistencia de formas de poder para el Ejecutivo previas a la emergencia del Estado moderno⁵⁶.

Por meio dessa ação de suspensão da lei, o Estado “*produce una ley que no es una ley, una corte que no es una corte, un proceso que no es un proceso*”, quer dizer, o estado de exceção “*retrotrae el funcionamiento del poder de un conjunto de leyes (judiciales) a un conjunto de normas (gubernamentales) que restablecen el poder soberano*”, sendo que essas normas “*no son obligatorias a causa de las leyes establecidas o de modos de legitimación, sino completamente discrecionales, incluso arbitrarias, ejercidas por funcionarios que las interpretan unilateralmente y que deciden las condiciones y la forma en que son invocadas.*”⁵⁷

⁵⁶ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 85.

⁵⁷ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 91-92.

Nesse contexto, a lei não é aquilo a que o Estado está sujeito, tampouco representa um critério de aferição da (i)legitimidade de um ato de governo: ela é compreendida como um mero instrumento, ou seja, um dispositivo de poder que pode ser aplicado ou suspenso à vontade. Por isso, a soberania consiste hoje “na aplicación variable de la ley, en su tergiversación y en su suspensión. Bajo su forma actual, constituye una relación de explotación de la ley, instrumental, desdeñosa, sustitutiva, arbitraria.”⁵⁸

É o Executivo, nesses casos, que avalia que determinado indivíduo ou grupo constituem um perigo para o Estado. No entanto, dita “avaliação” é realizada em um contexto de emergência, no qual o Estado pode exercer prerrogativas de poder que compreendem a suspensão da lei. Nesses casos, são os decretos, as medidas emanadas pelo Poder Executivo que, mesmo não sendo leis, possuem força de leis, o que, na ótica de Agamben⁵⁹ é uma constante dos séculos XX e XXI, nos quais o chefe do Executivo cada vez mais tem atuado de forma decisiva, promovendo uma verdadeira confusão entre a clássica divisão de poderes⁶⁰.

Em um contexto tal, *avaliar* alguém como perigoso é suficiente para *convertê-lo* em perigoso e justificar sua detenção indefinida, ou seja, transformá-lo em um mero “objeto” nas mãos do Estado. Afinal, “si una persona es simplemente juzgada

⁵⁸ BUTLER, Judith. **Vida precária: o poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 114.

⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

⁶⁰ Na análise de AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004., p. 32, isso representa um indicativo de que “o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O Parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim, governamental.”

peligrosa, entonces deja de ser un problema decidir si cometió algún acto criminal.”⁶¹

É por isso que Delmas-Marty⁶² assevera que os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001 marcaram uma reviravolta:

aux Etats-Unis, la proclamation de l'état de guerre a permis de suspendre l'Etat de droit, ce qui a conduit à légitimer la torture et des formes extrêmes de déshumanisation : on se souvient de ces hommes enfermés dans des cages à Guantánamo, ou des prisonniers tenus en laisse à Abou Ghraib... Certes, l'état d'exception est supposé provisoire. Mais s'agissant d'un terrorisme global, qui n'a ni commencement ni fin, cet état tend à devenir permanent, d'autant que la “suspension” s'accompagne d'un “détournement” de l'Etat de droit, par transfert de pouvoirs à l'armée, voire à des sociétés militaires privées.

Evidencia-se, então, em pleno século XXI, uma repristinação da figura do *homo sacer*, obscura figura do direito arcaico romano resgatada por Agamben⁶³ para retratar justamente a ambivalência que é característica do estado de exceção, bem como para dar conta da complexidade da situação do homem contemporâneo. O *homo sacer*, assim, é a figura encontrada pelo autor justamente por situar-se justamente na zona de indistinção entre a violência e o direito. O *bando*⁶⁴ soberano, que exclui incluindo e que representa,

⁶¹ BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 106-107.

⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Seuil, 2010.

⁶³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

⁶⁴ De acordo com GACIOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **KRITERION**: Revista de Filosofia. Belo Horizonte, n. 118, 2008, p. 283, “*bando* é a tradução portuguesa do termo alemão *Bann*, que significa o poder de governo, a soberania, o direito de estatuir comandos e proibições, de impor e executar penas; também o direito de *banir*. Como conceito, mantém íntima relação com o instituto da *Friedlosigkeit* do antigo direito germânico e a correspondente figura do *Friedlos*, que designam a condição daquele que, banido e proscrito, está excluído da esfera de proteção do ordenamento jurídico da comunidade de origem, e, portanto, impossibilitado de gozar do privilégio da *paz* assegurada por esse ordenamento. Nesse sentido, o *Friedlos* é o *sem paz*, o exposto às forças da natureza e à violência arbitrária de quem quer que seja.

para o autor, a forma pura da lei, consoante já analisado, permite a compreensão dessa figura arcaica: como na exceção soberana a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, ou seja, retirando-se desse, o *homo sacer* é aquele ser que não é consagrado⁶⁵ – no sentido de passagem do *ius humanum* (profano) para o divino (sacro) – mas que também é posto para fora da jurisdição humana. Portanto, a vida sacra é aquela que, ao mesmo tempo em que é insacrificável, é também matável sem que o ordenamento jurídico sancione quem porventura a eliminar: “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.”⁶⁶ Daí a simetria entre o *homo sacer* e o *bando* soberano: enquanto o soberano é aquele em face do qual todos os homens são potencialmente *hominis sacri*, *homo sacer* é aquele em relação ao qual qualquer homem age como soberano⁶⁷.

Trata-se da figura do *excluído*, do pária cuja morte não constitui homicídio, ao qual o ordenamento que o penaliza se impõe sob a forma da suspensão de seus efeitos e da prerrogativa de sua invocação. É de se notar a homologia estrutural entre bando (*Bann*) exceção (*exceptio*, *ex capere*, ‘capturar fora’), paradoxo sobre o qual se constrói grande parte da argumentação de Agamben.”

⁶⁵ De acordo com AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 65-66), “consagrar (*sacrare*) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano[...]. Pode-se definir como religião aquilo que subtrai coisas, lugares, animais ou pessoas ao uso comum e as transfere para uma esfera separada. Não só não há religião sem separação, como toda separação contém ou conserva em si um núcleo genuinamente religioso. O dispositivo que realiza e regula a separação é o sacrifício: através de uma série de rituais minuciosos [...] ele estabelece, em todo caso, a passagem de algo do profano para o sagrado, da esfera humana para a divina.”

⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 84.

⁶⁷ No direito romano, explica NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 157-158, lastreado nas lições de direito romano de Jhering, “se alguém perpetrasse delito merecedor da pena *sacer esse*, era considerado maldito e excluído da comunidade humana, privado de todos os seus bens em proveito dos deuses, podendo ser morto pelo primeiro que assim o quisesse, sem que esse último incorresse em qualquer ato ilícito. Tratava-se de uma pena especial, uma vez que não visava à purificação ou à reconciliação do delinquente. O *homo sacer* não possuía qualquer esperança de conseguir expiação pelo seu ato delituoso; estava perdido, desprezado. Sua pena era a mais grave que se podia imaginar e constituía o último grau de perseguição e humilhação: sua posição não decorria unicamente de uma privação que durava toda a vida, mas o que a agravava era o fato de ser para os deuses e para os homens um objeto de maldição, execração e aversão. O *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito.”

Quer dizer, o que define a condição do *homo sacer* não é a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, mas sim o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e, conseqüentemente, a violência à qual se encontra exposto. Com efeito, essa violência não é classificada como sacrifício e tampouco como homicídio, não é a execução de uma condenação e tampouco um sacrilégio, de modo que a sua vida é “absolutamente e simplesmente matável, objeto de uma violência que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício.”⁶⁸ Nesse rumo,

*o homo sacer apresentaria a figura originária da vida presa ao bando soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política. O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera*⁶⁹.

A vida humana matável e insacrificável é a vida capturada no *bando* soberano. O préstimo original da soberania, portanto, é a produção da vida nua. Para a compreensão dessa distinção, Agamben⁷⁰ faz uma releitura da filosofia clássica, a fim de trazer à luz os conceitos de *zoé* e *bíos*: nessa dicotomia, *zoé* designa o simples fato de viver, ou seja, a mera existência enquanto vida nua, ao passo que *bíos* designa a “vida qualificada”, ou seja, a vida do indivíduo ou do grupo. A retomada dessa dicotomia serve para ilustrar justamente a condição de determinados seres humanos na

⁶⁸ NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 163.

⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 84.

⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

contemporaneidade, ou seja, para ilustrar a relação inclusão (daqueles que vivem uma vida “qualificada) *versus* exclusão (daqueles que são relegados à condição de banimento, ou seja, que vivem uma vida “desqualificada”) que caracteriza a política contemporânea.

Neste passo, se Guantánamo representa um lugar de não-direito, no qual a violação de direitos humanos torna-se sistemática, não se pode olvidar que aquele campo representa apenas um exemplo de uma prática que hoje é generalizada. A propósito, Agamben⁷¹ salienta que o estado de exceção enquanto forma de governo continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da I Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias, quando atinge exatamente seu máximo desdobramento planetário⁷².

Com efeito, quando o regime nazista decidiu pela redução de todos os judeus a pura vida nua, viabilizando a sua morte sem punição, não houve nenhuma inovação em termos de barbárie contra a humanidade: apenas foi dada sequência a uma prática comum do Estado moderno, no entanto, em proporções tanatopolíticas jamais vistas até aquele momento. Portanto, segundo Ruiz⁷³, o que aterroriza no nazismo não é sua barbárie, “mas tê-la cometido dentro da legalidade que o estado de direito lhe permitia ao aplicar legalmente o estado de exceção permanente a não aboli-lo nunca.” Na expressão de Agamben⁷⁴, os nazistas

⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 131.

⁷² Já para BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 84, “*un tiempo histórico que pensábamos que había pasado vuelve para estructurar el campo contemporáneo con una persistencia que demuestra la falsedad de la historia como cronología.*”

⁷³ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 11.

⁷⁴ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 57.

“nunca revogaram o estado de exceção que haviam decretado em fevereiro de 1933, no dia seguinte à tomada de poder”, porque compreenderam muito bem o poder secreto presente nas situações extremas, de forma que “o Terceiro Reich pôde ser definido justamente como ‘uma noite de São Bartolomeu que durou 12 anos’.”

Quer dizer: o estado nazista não cometeu um ato de ilegalidade jurídica, mas apenas se utilizou da figura jurídica da exceção, prevista na Constituição de Weimar⁷⁵, fazendo da exceção norma e da vontade soberana o modo por excelência de governo da vida humana, ou seja, “tudo estava amparado no estado de direito que lhe dava a prerrogativa inicial de decretar o estado de exceção para tornar a vontade soberana lei absoluta.”⁷⁶ Para demonstrar a veracidade de sua tese, portanto, Agamben parte de um exemplo do início do século, para ilustrar o vínculo entre estado de exceção e guerra civil, evidenciando, assim, como a mais impactante experiência totalitária da história apoiou-se justamente no instituto investigado.

Dando um salto na história, o autor então parte para a análise da *military order*, promulgada em 2001 por George W. Bush no combate ao terrorismo, para ilustrar como hoje, da mesma forma que no estado nazista, o aspecto normativo do direito pode ser “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

⁷⁵ O art. 48 da Constituição de Weimar concedia ao presidente do *Reich* a prerrogativa de decretar o estado de exceção nos casos em que a segurança e a ordem públicas estivessem ameaçadas. Com o objetivo de tutelá-las, poderia então, no estado de exceção, disponibilizar das forças armadas e suspender total ou parcialmente direitos e garantias individuais. Ao tomar o poder, Hitler promulgou, em 28 de fevereiro de 1933, lastreado no art. 48 da Constituição de Weimar, o seu “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, suspendendo os artigos constitucionais que tratavam das liberdades individuais. O Decreto em questão permaneceu vigente até o final da guerra, em 1945.

⁷⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 11-12.

direito.”⁷⁷ A diferença, gize-se, reside na dimensão alcançada pelo estado de exceção na contemporaneidade.

Na ótica de Agamben⁷⁸, o que vislumbra atualmente é uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, pois “a sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea”, com a particularidade de que hoje ela se desloca “em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras” de forma que, em determinados aspectos, chega a “coincidir com a própria vida biológica dos cidadãos.” E isso sim representa uma novidade: “se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri*.” Portanto, o conceito de *homo sacer* apresenta-se, para Agamben, como figura ilustrativa do estatuto político do homem da contemporaneidade.

Isso porque, no paradigma político denunciado por Agamben, quando uma vida não se normaliza do modo imposto pelo direito, ela poderá ser catalogada como vida perigosa e, nesse caso, pode, a qualquer momento, sofrer uma suspensão do direito que a colocará numa forma de exceção e, conseqüentemente, em algum tipo de campo. Quer dizer: “uma vez que a política moderna é cada vez mais uma biopolítica, ninguém está a salvo de, num dado momento e por uma determinada circunstância, cair sob a exceção decretada por uma vontade soberana e tornar-se *homo sacer*.”⁷⁹

Isso demonstra que o Estado de direito jamais conseguiu abolir plenamente o estado de exceção, que permaneceu em estado latente, pronto para ser utilizado a toda vez que a ordem social

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 131.

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 113.

⁷⁹ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, n° 39, 2012, p. 14.

estivesse ameaçada por qualquer pessoa ou grupo social. Nesse sentido, lembra Zaffaroni⁸⁰ que as “courageas” que aprisionam o Estado de polícia no seio do Estado de Direito não o eliminaram de forma absoluta, apenas o encapsularam, razão pela qual “*o Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca.*”

No mesmo sentido, Ruiz⁸¹ salienta que o Estado de direito não representa a supressão total da vontade soberana, já que o direito protege a vida parcialmente, uma vez que a cuida ameaçando-a: “nenhuma vida humana está livre da exceção, exceto a vontade soberana, que já é uma exceção soberana. Todas as vidas, em caso de emergência ou necessidade, estão vulneráveis ao estado de exceção.”

Agamben⁸² também ressalta a contradição: o estado de direito, que pensa ter abolido a vontade soberana, apenas a encapsulou, ou seja, ela permanece oculta para ser utilizada quando for necessário⁸³. Segundo Nascimento⁸⁴, temos, aqui, uma preocupação com a governabilidade: “nos casos que exigem uma força fora do normal, a normalidade não pode ser um empecilho e

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

⁸¹ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 6.

⁸² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

⁸³ Nesse sentido, GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **KRITERION: Revista de Filosofia**. Belo Horizonte, n. 118, 2008, p. 294 destaca que “a sacralidade da vida significa que o poder soberano, como bio-poder, tomou a seu cargo a gestão política da vida biológica, que se tornou o campo de incidência das tecnologias sócio-políticas das disciplinas e da regulamentação. A modernidade é, portanto, em sua essência, bio-política, o que implica em identificar a sacralidade jurídica da vida com sua inclusão sem resíduos no âmbito de poder da decisão soberana.”

⁸⁴ NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 148.

precisa cair. Justifica-se então o estado de exceção. Mesmo no interior das democracias e em defesa do sistema democrático.”

Assim, quando uma pessoa ou um grupo populacional se transforma em uma ameaça à ordem, o Estado pode se utilizar da exceção jurídica para separar os direitos da cidadania da mera vida nua. Como assevera Ruiz⁸⁵, “essa separação possibilita expulsar para fora do direito a vida que se pretende controlar na forma de exceção.” E, “na exceção – segue o autor – o direito suspenso torna a vida humana um *homo sacer* exposto à fragilidade da violação sem que o direito possa ser invocado para protegê-lo.”⁸⁶

A figura da exceção, em determinadas circunstâncias, permite, portanto, a suspensão do direito sobre certas pessoas ou grupos, transformando a vida em vida nua, ou seja, vida vulnerável, facilmente controlável. Ruiz⁸⁷ salienta, a propósito, que

⁸⁵ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 12.

⁸⁶ Nessa mesma linha de raciocínio, ao abordar a relação da teoria de Agamben com a proposta hobbesiana de contrato social, NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 126-127, refere que “tanto Agamben quanto Hobbes estão conscientes de que o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, configurando uma zona anômala dentro do estado civil – ainda que no caso da teoria hobbesiana o mais preciso seria dizer que a introjeção do estado de natureza no estado civil através da pessoa do soberano perfaz a condição de existência e subsistência da sociedade no seu estado de normalidade. O estado de natureza é sempre uma possibilidade virtual do estado de direito, uma vez que a realidade de anomia pode sempre reaparecer, e, na nossa tradição política, essa virtualidade possui um portador: a soberania. O estado de natureza deve então ser encarado como um princípio interno ao Estado, mantido de certo modo oculto, mas que sobressai no momento em que o consideramos como se fosse dissolvido. Minadas as forças do Estado, estando dissolvido em decorrência de guerra externa ou intestina, ‘todo homem tem a liberdade de proteger-se a si próprio por aqueles meios (*sic*) que sua prudência lhe sugerir’. O estado de natureza permanece como um núcleo no corpo do sistema político, pronto para se alastrar e abranger o espaço público num momento de necessidade, abrindo novamente um campo onde tudo se torna possível. Com uma grande diferença, podemos acrescentar: enquanto a necessidade do estado de natureza mantinha-se difusa, no estado de exceção ela será definida pelo soberano que o deflagra. Mas resta aí o nexo entre o estado de natureza e o estado de exceção. Não se trata evidentemente de um simples retorno: o que antes havia sido barrado se materializa agora na forma do estado de exceção, a zona de indistinação criada pelo segundo gera um campo em que natureza e direito transitam um pelo outro.”

⁸⁷ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 22.

“o estado de exceção visa sempre o controle (bio) político da vida humana, tornando-se uma técnica biopolítica e policial muito eficiente para controlar e governar os grupos sociais perigosos”, razão pela qual os Estados modernos “não cessam de utilizar uma e outra vez a exceção jurídica como uma técnica política e policial de governar as populações que eles consideram perigosas.”

Ocorre que, na medida em que as decisões excepcionais vão se tornando mais habituais, a exceção tende a se transformar em normalidade e, nesse rumo, “o uso constante da exceção como forma de controle das vidas ‘perigosas’, torna-a uma técnica política de governo da vida humana amplamente utilizada pelos Estados modernos.”⁸⁸ ⁸⁹ A particularidade da exceção jurídica moderna reside justamente nesse ponto: na sua eficiente versatilidade como técnica de governo de grupos ou classes sociais considerados indesejados ou perigosos, segundo os critérios de quem tem o poder para assim considerá-los, ou seja, a vontade soberana.

É por isso que, na crítica de Butler⁹⁰ à paranoia americana na luta contra o terrorismo, não existem obituários para as baixas da guerra causadas pelos Estados Unidos contra os “inimigos combatentes”. E isso pelo simples fato de que ditos obituários não poderiam existir: “si tuvieran su obituario tendrían que haber sido

⁸⁸ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 22.

⁸⁹ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 5) salienta, a propósito, que “a vontade soberana que tem o poder de decretar a exceção não está circunscrita aos regimes absolutistas tradicionais. Agamben chama atenção para a presença latente ou real da vontade soberana na ordem moderna, inclusive do estado de direito. A presença da vontade soberana na sombra da ordem social coloca a vida humana, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Isso quer dizer que, se por qualquer circunstância, uma pessoa ou um grupo populacional representasse para a ordem uma ameaça real ou suposta, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de suas vidas.”

⁹⁰ BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 61.

vidas, vidas dignas de atención, vidas que valiera la pena preservar, vidas que merecieran reconocimiento.” Ou seja, não há obituário para a vida nua. O *homo sacer* não é digno de um obituário. Com efeito, o obituário não é outra coisa senão reconhecimento, ou seja, um instrumento por meio do qual uma vida chama a atenção, e passa a ser recordada com dor. Logo, “si el fin de una vida no produce dolor no se trata de una vida, no califica como vida y no tiene ningún valor. Constituye ya lo que no merece sepultura, si no lo insepultable mismo.”

Segundo Pérez Cepeda⁹¹, isso representa uma mudança de paradigma, uma vez que não se valoriza o destinatário da norma como pessoa, postergando com isso sua dignidade humana ao convertê-lo em um inimigo do sistema. Ao criar-se o estatuto de “combatente inimigo” ou tratar de justificá-lo ou explicá-lo, evidencia-se uma fraude à lei, ao deixar fora do sistema jurídico interno e até mesmo fora da normativa internacional os suspeitos de terrorismo. Além disso,

el principio de enemistad tiende a aplicarse a cualquiera que amenaza al orden constituido. Por la otra, como modelo autoritario, utiliza la técnica de la emergencia o la excepcionalidad lejos de desaparecer han alcanzado su auténtico cenit, es decir, se habla de guerra permanente para otorgar un poder ilimitado al ejecutivo, no solo desestabilizando el equilibrio necesario entre los tres poderes del Estado, sino que este tipo de confusión entre actos del poder ejecutivo y los del legislativo es una de las características esenciales del Estado de excepción. Para esta legislación, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado. Razón por la que esta legislación excepcional para una situación que se define como extraordinaria, como sucede en la lucha contra el terrorismo y/o delincuencia organizada, acaba

⁹¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007, p. 134.

conviertiéndose en el modelo de legislación normal, a la que inevitablemente contagiar.

Nesse rumo, a criação de uma atmosfera de medo dos “inimigos declarados” – personificados ora pelo “terrorista”, ora pelo “criminoso contumaz”, ora pelo “imigrante irregular” – converte-se em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos de um Ocidente que, na linguagem de Chomsky⁹², sempre foi bastante eclético na sua escolha de inimigos, sendo os critérios de escolha, basicamente, a subordinação e o servilismo ao poder. Delmas-Marty⁹³ assevera que “la ‘frénésie sécuritaire’ tend à transformer le contrat social en une sorte de contrat d’assurances tous risques qui caractérise les regimes de suspicion: chaque individu est un suspect potentiel.”

Hardt e Negri⁹⁴, nesse mesmo sentido, destacam que esta presença constante de um “inimigo” e a ameaça da “desordem” que ele pode desencadear são necessárias para legitimar a violência despendida pelo Estado no seu encalço. Para os autores, não surpreende o fato de que “quando a guerra constitui a base da política, o inimigo se torna a função constitutiva da legitimidade”, razão pela qual é funcional que o inimigo deixe de ser concreto e localizável, a fim de se transformar em “algo fugidio e inapreensível”: “o inimigo é desconhecido e invisível, e no entanto está sempre presente, como se fosse uma aura hostil.” Logo, “a presença do inimigo demonstra a necessidade de segurança.”

Com efeito, as políticas de segurança contemporâneas são assentadas em uma lógica paranoica de controle total sobre uma

⁹² CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

⁹³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Seuil, 2010, p. 120.

⁹⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 55-56.

ameaça futura e de ataques preventivos contra ela: “a perspectiva de um ato terrorista assustador é hoje evocada para justificar incessantes ataques preventivos”, razão pela qual se pode afirmar que “o estado em que vivemos hoje, da ‘guerra ao terror’, é o estado da ameaça terrorista eternamente suspensa”⁹⁵. Nesse Estado, “a Catástrofe (o novo ataque terrorista) é considerada certa, mas ela é indefinidamente adiada”, o que significa dizer que ainda que aconteça um ataque mais trágico do que os de 11 de Setembro, ainda não será considerado “aquele” que está por vir. Nesse rumo, olvida-se “que a verdadeira catástrofe *já é esta vida* sob a sombra da ameaça permanente de uma catástrofe.”⁹⁶

Ao constatar que, na política contemporânea, na guerra ao inimigo, todas as armas são passíveis de legitimação, Agamben⁹⁷ dissente de Foucault, ao asseverar que o campo – e não a prisão – é que passa a funcionar como paradigma da política moderna:

⁹⁵ A propósito do tema, HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 42-43, asseveram que “um dos indícios do caráter ativo e constituinte da guerra é a mudança da política de ‘defesa’ para a de ‘segurança’ promovida pelo governo americano, especialmente como um dos elementos da guerra contra o terrorismo desde setembro de 2001. No contexto da política externa americana, a mudança de defesa para segurança significa transição de uma atitude reativa e conservadora para uma atitude ativa e construtiva, tanto dentro quanto fora das fronteiras nacionais: da preservação da atual ordem social e política interna para sua transformação, e assim também de uma atitude de guerra reativa, ante ataques externos, para uma atitude ativa destinada a prevenir um ataque. Devemos ter em mente que as modernas nações democráticas baniram unanimemente todas as formas de agressão militar, recebendo seus parlamentos, das respectivas constituições, poderes apenas para declarar guerras defensivas. Da mesma forma, o direito internacional sempre proibiu de maneira decisiva quaisquer ataques preventivos, de acordo com os direitos da soberania nacional. Entretanto, a atual tendência para justificar ataques e guerras preventivos em nome da segurança solapa abertamente a soberania nacional, tornando cada vez mais irrelevantes as fronteiras nacionais. Desse modo, tanto no interior da nação quanto fora dela, os partidários da segurança exigem mais que a simples manutenção da atual ordem, alegando que se esperarmos para reagir às ameaças, será tarde demais. A segurança exige que se esteja constante e ativamente *condicionando o ambiente através de ações militares e/ou policiais*. Só um mundo ativamente condicionado pode ser considerado seguro. Este conceito de segurança é portanto uma forma de biopoder, na medida em que encarna a missão de produzir e transformar a vida social em seu nível mais geral e global.”

⁹⁶ ŽIŽEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 12.

⁹⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 26-27.

“enquanto o direito carcerário não está fora do ordenamento normal, mas constitui apenas um âmbito particular do direito penal, a constelação jurídica que orienta o campo é [...] a lei marcial ou o estado de sítio.” Quer dizer: “o campo, como espaço absoluto de reclusão, é topologicamente distinto de um simples espaço de reclusão”, de modo que “é este espaço de exceção, no qual o nexo entre localização e ordenamento é definitivamente rompido, que determinou a crise do velho ‘*nómos da terra*’.”

Em Agamben, portanto, o campo não se limita a uma experiência pontual da barbárie nazista, porque constitui uma figura jurídico-política inerente ao Estado moderno⁹⁸. Para o autor, a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e de criação de um espaço para a vida nua. Logo, nessa ótica, é possível constatar que todos se encontram virtualmente na presença de um campo cada vez que uma estrutura assim se cria, sendo citados alguns exemplos bastante emblemáticos disso:

será un campo tanto el estadio de Bari, donde en 1991 la policía italiana hacinó provisoriamente a los inmigrantes clandestinos albaneses antes de devolverlos a su propio país, como el velódromo de invierno en el que la autoridad de Vichy acogió a los judíos antes de entregárselos a los alemanes; tanto em campo de prófugos en la zona fronteriza con España en el que murió preso en 1939 Antonio Machado como las zonas de espera de los aeropuertos internacionales franceses en las que permanecían retenidos los extranjeros que pedían que se los reconociera con el estatuto de refugiados. En todos estos casos, un lugar aparentemente anódino (por ejemplo, el Hotel Arcades em

⁹⁸ Mesmo não sendo objeto da presente pesquisa, cumpre salientar que a proposta de Agamben, ao empreender a pesquisa *Homo sacer* (desenvolvida nas obras *Homo Sacer I – O poder soberano e a vida nua*, *Estado de exceção e O que resta de Auschwitz*) é justamente preencher uma “lacuna” deixada pelas investigações desenvolvidas por Michel Foucault e Hannah Arendt. Segundo AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, Foucault, mesmo tendo definido o conceito de biopolítica, deixou de lado a análise do campo de concentração que, na sua ótica, como salientado, apresenta-se como expressão por excelência da biopolítica moderna; Arendt, por sua vez, mesmo tendo elaborado um aprofundado estudo acerca do fenômeno do totalitarismo, em nenhum momento debateu o assunto a partir de uma perspectiva biopolítica.

Roissy) delimita en realidad un espacio en el cual el ordenamiento normal es de hecho suspendido, y en cual los extranjeros pueden ser retenidos en la zona de espera antes de la intervención de la autoridad judicial⁹⁹.

O campo configura-se, portanto, como um espaço fora do direito no qual a lei coincide com a vontade soberana. Encontra-se, aqui, uma diferença substancial entre o campo e a prisão: enquanto na prisão a vida interna encontra-se regulada pelo direito penal, de modo que a vida da prisão pode ser considerada uma vida condenada mas também protegida pelo direito penal, no campo, a vida depara-se com a ausência absoluta de qualquer proteção, já que no campo vigora o arbítrio de quem o governa e, por estar fora do direito, no campo tudo é permitido.

Assiste-se, portanto, em meio à paranoia securitária contemporânea em decorrência da busca pela prevenção a todo custo a novas investidas terroristas, a um incremento da biopolítica¹⁰⁰, ou seja, da cada vez maior implicação da vida natural (zoé) do homem nos mecanismos e cálculos do poder. Com efeito, esta categoria foucaultiana¹⁰¹ assume o papel de uma importante

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. Qué es un campo? In. **Artefacto**: pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, p. 52-55, 1998, p. 53-54.

¹⁰⁰ Segundo REVEL, Judith. **Dicionário Foucault**. Trad. Anderson Alexandre da Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 24, “o termo ‘biopolítica’ designa a maneira pela qual o poder se encaminha para a transformação, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, a fim de governar não só os indivíduos por meio de uma série de procedimentos disciplinares, mas também o conjunto dos seres vivos que compõem a população: a biopolítica – por meio dos biopoderes locais – se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que tais gestões se tornaram apostas políticas.”

ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 7, por sua vez, vai conceituar biopolítica, em termos amplos, como “la implicación cada vez más intensa y directa que se establece, a partir de certa fase que se puede situar en la segunda modernidade, entre las dinámicas políticas y la vida humana entendida en su dimensión específicamente biológica.”

¹⁰¹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a. FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

ferramenta conceitual para o diagnóstico e a compreensão das crises políticas da contemporaneidade e, como destaca Duarte¹⁰², para antever os seus “inúmeros desdobramentos possíveis em relação ao futuro.” Afinal, segundo Agamben¹⁰³, esse irromper da biopolítica representa apenas a culminância de um processo: “antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo.”¹⁰⁴ É com essa tema que se ocupa o tópico que segue.

1.1 Os contornos biopolíticos da produção da vida nua e a expansão do Direito Penal

Na concepção de Foucault¹⁰⁵, a biopolítica, ou seja, essa “assunção da vida pelo poder” ou “estatização do biológico” foi “um dos fenômenos fundamentais do século XIX” e representa um

¹⁰² DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 205.

¹⁰³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 118.

¹⁰⁴ Um exemplo privilegiado disso pode ser buscado em RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 16, quando o autor, ao analisar o caso da escravidão, destaca que ela “não é um fenômeno pontual, isolado da lógica biopolítica moderna. Os mais de três séculos comercializando seres humanos como política de Estado a serviço do mercado consolidaram a biopolítica como lógica da política moderna. Na escravidão, as nações modernas, na aurora de seu surgimento, já levaram ao paroxismo as consequências da lógica biopolítica. Mostraram que a lógica da racionalidade instrumental, quando tem a liberdade de agir segundo seus próprios interesses, conduz inexoravelmente à barbárie. Ela reduz a vida humana a mero recurso natural, degradando-a ao extremo, quando tem liberdade para fazê-lo. O *homo sacer* está na origem do Estado e do mercado modernos, e a liberdade dos mercados tornou-se a racionalidade operativa que conduz essa lógica biopolítica.” O autor (2012, p. 11) também menciona que “as políticas migratórias dos sucessivos governos brasileiros, favorecendo a vinda de europeus brancos, italianos, alemães, ucranianos, letones, etc., aos que se lhes outorgava terras, ferramentas, alimentos, etc., enquanto se marginalizava a população negra descendente de escravos, condenando-a às favelas das periferias urbanas, expulsando-a para os confins das regiões mais pobres do Brasil, é mais um exemplo de biopolítica do Estado moderno.”

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 201.

câmbio importante em relação à teoria clássica da soberania: se na teoria clássica da soberania o soberano, ao deter o poder em relação à vida e à morte do súdito, poderia fazê-lo morrer ou deixá-lo viver, a biopolítica é o fenômeno que vai completar esse velho direito de soberania “com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer.”¹⁰⁶ Na mesma linha de raciocínio, “pode-se dizer que o velho direito de *causar* a morte ou *deixar* viver foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte.”¹⁰⁷ Faz-se viver, e abandona-se à morte, portanto. *Laisser-faire!*

Foucault¹⁰⁸ procura, então, demonstrar o importante deslocamento que ocorreu na passagem do século XVIII para o século XIX na forma de exercício do poder soberano: ele deixa de se afirmar enquanto um poder de “matar a vida” e passa a fazê-lo enquanto um poder que “gerencia a vida”, um poder que tem por objetivo o saneamento do corpo da população de modo a depurá-lo de todas as infecções internas. O poder, agora, passa a ser exercido sobre a vida, fixando-se ao longo de todo o seu desenrolar. A morte é o momento que escapa a esse poder, é o seu limite, ou seja, o momento mais “privado” da existência de uma pessoa¹⁰⁹.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 202.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 150.

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 151, busca explicar, assim, de que modo o suicídio se transformou em uma das primeiras condutas que entraram no campo da análise sociológica no século XIX. Com efeito, o suicídio “fazia aparecer, nas fronteiras e nos interstícios do poder exercido sobre a vida, o direito individual e privado de morrer.” Daí a preocupação: “essa obstinação em morrer, tão estranha e contudo tão regular, tão constante em suas manifestações, portanto tampouco explicável pelas particularidades ou acidentes

Segundo o autor acima referido¹¹⁰, o capitalismo¹¹¹ que se desenvolvia no final do século XVIII e no início do século XIX foi o responsável pela socialização de um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, de trabalho. Nessa ótica, a formação do capitalismo ocasiona justamente a entrada da vida humana na história. No sistema capitalista de produção, instrumentalizar o saber sobre a vida é imprescindível, uma vez que viabiliza tanto o controle quanto a inserção das pessoas nos processos de produção. Há, com isso, um ajuste dos fenômenos naturais (nascimento, reprodução, morte) aos processos econômicos. O objetivo é controlar as consequências dos fenômenos naturais de modo que elas signifiquem ganhos econômicos. Segundo Barbosa¹¹², “em lugar da morte, o poder passa a gerir a vida, de forma positiva, para que cresça e se multiplique, sob controles precisos e regulações de conjunto.” O

individuais, foi uma das primeiras surpresas de uma sociedade em que o poder político acabava de assumir a tarefa de gerir a vida.”

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003, p. 80.

¹¹¹ A partir da ótica de FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 153-154, o biopoder “foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Mas, o capitalismo exigiu mais do que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilizabilidade e sua docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torná-las mais difíceis de sujeitar; se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado, como *instituições* de poder, garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de bio-política, inventados no século XVIII como *técnicas* de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam; operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo as relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do bio-poder com suas formas e procedimentos múltiplos. O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento.”

¹¹² BARBOSA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 11, n. 194, 2013, p. 5.

acoplamento entre a biopolítica e o capitalismo, assim, é viabilizado/evidenciado: por meio de controles diversos sobre a vida (demografia, higiene pública, projetos de urbanismo, etc) transforma-se os indivíduos em população, ou seja, produz-se um grande – e produtivo – “corpo mecânico”.

Isso evidencia que “o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo”, afinal, “o corpo é uma realidade bio-política.” Portanto, “é o fato do poder encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que lhe dá acesso ao corpo.”¹¹³

A propósito dessa dimensão biopolítica do corpo, Butler¹¹⁴ salienta que

la piel y la carne nos exponen a la mirada de los otros, pero también al contacto y a la violencia, y también son cuerpos los que nos ponen en peligro de convertirnos en agentes e instrumentos de todo esto. Aunque luchemos por los derechos sobre nuestros propios cuerpos, los cuerpos por los que luchamos nunca son lo suficientemente nuestros. El cuerpo tiene una dimensión invariablemente pública. Constituido en la esfera pública como un fenómeno social, mi cuerpo es y no es mío. Entregado desde el comienzo al mundo de los otros, el cuerpo lleva sus huellas, está formado en el crisol de la vida social.

Retomando esse tema, Agamben¹¹⁵ refere que a grande metáfora hobbesiana do Leviatã, cujo corpo é formado pelos corpos de todos os indivíduos que compõem a sociedade, deve ser lida sob esta luz, uma vez que “são os corpos absolutamente matáveis dos

¹¹³ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 155.

¹¹⁴ BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 52.

¹¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 122.

súditos que formam o novo corpo político do Ocidente.” Para Esposito¹¹⁶,

es quizás con Hobbes, es decir, en la época de las guerras de religión, que la cuestión de la vida se instala en el corazón mismo de la teoría y de la praxis política. Para su defensa es instituido el Estado Leviatán, y, a cambio de protección, los súbditos le entregan aquellos poderes de los que están naturalmente dotados. Todas las categorías políticas empleadas por Hobbes y por los autores, autoritarios o liberales, que le siguen (soberanía, representación, individuo), en realidad sólo son una modalidad lingüística y conceptual de nombrar o traducir en términos filosófico-políticos la cuestión biopolítica de la salvaguarda de la vida humana respecto de los peligros de extinción violenta que la amenazan.

O sobredito autor observa que, com efeito, nunca, na época antiga e medieval, a conservação da vida enquanto tal constituiu o objetivo prioritário da atuação política como ocorreu precisamente na Idade Moderna¹¹⁷. E é a partir dessa perspectiva que, segundo Agamben¹¹⁸ as declarações de direitos não podem ser compreendidas como meras proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos (por meio das quais o legislador restaria vinculado ao respeito pelos princípios éticos eternos), mas que devem ser compreendidas de acordo com a função histórica que desempenham efetivamente na formação do moderno Estado-nação: elas representam, nesse rumo, “o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional” sua função é assegurar “a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien régime*.” O fato de que “através delas, o ‘súdito’ se transforme [...] em ‘cidadão’, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural

¹¹⁶ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 8.

¹¹⁷ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

¹¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 124-125.

como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania.” Para o autor, portanto, as declarações de direitos – desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – são o *locus* da inscrição moderna da biopolítica

Em Agamben¹¹⁹, o corpo do “sujeito soberano”, fundamento do novo Estado-nação, representa a reunião dos princípios de natividade e de soberania que haviam sido separados no *Ancien Regime*, no qual o nascimento dava lugar ao *sujet* (súdito). Em razão disso, não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, “se esquecermos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio de soberania.” Há, aqui, uma ficção implícita de que o “*nascimento* torne-se imediatamente *nação*, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum.” Desse modo, “os direitos são atribuídos ao homem [...], somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão.”

Isso significa dizer, portanto, que as declarações de direitos, ao mesmo tempo em que podem ser compreendidas enquanto instrumentos de garantia de direitos individuais e liberdades públicas, também podem ser vistas como instrumentos de ressignificação e investimento político da vida nua no corpo do Estado-nação. Assim, “ao lado da função emancipatória das declarações de direitos fundamentais, seria também indispensável

¹¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 125.

perceber que elas integram o dispositivo de *abandono* da vida nua à violência dos mecanismos de poder.”¹²⁰

Esse pensamento evidencia-se particularmente no caso dos refugiados. O refugiado representa aquela figura que perdeu os seus direitos e garantias efetivos em virtude do fato de ter sido banido do seu território estatal, ou que se aventura fora desse território sem estar de posse da documentação exigida. Ou seja: o refugiado ilustra o fato de que “o suporte fundamental da cidadania permanece sendo a vida natural, o fato puro do nascimento no território de um Estado-nação determinado.”¹²¹

Em virtude disso, Agamben¹²² considera que se os refugiados – cujo número nunca parou de crescer ao longo do século XX – representam, para o ordenamento do Estado-nação moderno, um elemento inquietante, isso se deve ao fato de que “rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre *nascimento* e *nacionalidade*, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna.” Os refugiados trazem à tona o resíduo entre nascimento e nação, fazendo surgir “por um átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto.” Nesse sentido, o autor concorda com a afirmação da Hannah Arendt, no sentido de que o refugiado seria, verdadeiramente, o “homem dos direitos”, afinal, ele é “a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre”, razão pela qual “a sua figura é tão difícil de definir politicamente.”

Em razão disso, Agamben¹²³ assevera que

¹²⁰ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **KRITERION**: Revista de Filosofia. Belo Horizonte, n. 118, 2008, p. 284.

¹²¹ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 298.

¹²² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 128.

¹²³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 130.

o refugiado deve ser considerado por aquilo que é, ou seja, nada menos que um conceito-limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-nação, do nexó nascimento-nação àquele homem-cidadão, e permite assim desobstruir o campo para uma renovação categorial atualmente inadiável, em vista de uma política em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos humanos.

O processo de inscrição da vida nua na política por meio da biopolítica é um dos temas sobre os quais a análise foucaultiana dos mecanismos de poder¹²⁴ vai se debruçar. Para o francês, a biopolítica nasce no rastro da disciplina, com a particularidade de que, enquanto esta, nos séculos XVII e XVIII, era voltada essencialmente ao corpo individual, colimando a sua adaptação ao trabalho – tecnologia disciplinar do trabalho, portanto –, aquela representa uma segunda tomada de poder, não mais sobre o corpo individual, mas sobre as massas. Passa-se, a partir da segunda metade do século XVIII, do homem-corpo para o homem-espécie, no momento em que à dicotomia homem-sociedade passa a ser

¹²⁴ Aqui, é importante referir que “o conceito de poder para Foucault não deve ser equivalente aos conceitos de repressão, lei, soberania, instituições e aparelhos do Estado como comumente é analisado. Foucault não se refere a uma forma de sujeição realizada por leis e regras, nem a um sistema de dominação de uns sobre outros. Ao contrário, poder é entendido como multiplicidade de correlações de forças, como jogo, estratégias móveis. Ou seja: poder visto como potencialidade criadora, própria do ser humano, que se faz aparecer nas práticas e nas relações humanas. Falamos de poder enquanto relação de forças, enquanto prática, enquanto poder circulante, não estático nem centralizado em um ponto. Falamos de exercício de poder e não de aquisição do mesmo. O poder também não pertence a alguém, isto é, não provém de uma relação entre dominados e dominadores; não é uma instância dual, binária, mas sim uma instância onipresente, isto é, se produz a cada instante, em todos os pontos, em todas as relações.” BOFF, Adelaide Bersch. Da norma à vida: a violenta padronização do *ethos*. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito: inflexões filosóficas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 189-204, p. 190.

Sobre esse tema, DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2010, p. 212, assevera que, em Foucault, “o poder é sempre plural e relacional, exercendo-se em práticas heterogêneas e sujeitas a transformações no interior de instituições sociais determinadas. O poder se dá em um conjunto de relações e práticas sociais constituídas historicamente, que atuam por meio de dispositivos estratégicos dos quais ninguém escapa, pois não há região da vida social que esteja isenta de seus mecanismos.”

agregada a noção de *população*. Segundo Duarte¹²⁵, “o que se produziu por meio da atuação específica da biopolítica não foi mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas a própria gestão calculada da vida do corpo social.”

Torna-se possível, diante do exposto, a afirmação de que Foucault chega aos conceitos de biopolítica e biopoder quando vislumbra um câmbio operado ao longo do século XVII e XVIII – sobretudo na virada para o século XIX – da forma como se estrutura o poder: se antes ele era a soma de micropoderes disciplinares que tinham por objetivo a administração do corpo individual, ou seja, que partiam de uma visão do corpo enquanto máquina – o que se vislumbra pela gradativa formação de instituições como a escola, o hospital, o exército e a fábrica, cujos objetivos centravam-se no adestramento dos corpos individuais e na extorsão de suas forças paralelamente ao crescimento de sua utilidade e docilidade, de modo a integrá-lo a sistemas de controle eficazes¹²⁶ –, agora o poder disciplinador e normalizador já não mais é exercido sobre os corpos individualizados, mas sim sobre o corpo-espécie, e tampouco se encontra disseminado em instituições sociais. Ele passa a se concentrar na figura do Estado e se exerce a título de política estatal que objetiva a administração da vida e do corpo da população.

¹²⁵ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 222.

¹²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Vozes, 1987, p. 153, refere que o poder disciplinar é um poder que “em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. [...] ‘Adestra’ as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. [...] O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.”

Na lição de Revel¹²⁷, “enquanto a disciplina sucedia como ‘anátomo-política’ dos corpos e se aplicava basicamente aos indivíduos, a biopolítica representa, portanto, essa grande ‘medicina social’ que se aplica à população com o propósito de governar sua vida: a vida faz, daí em diante, parte do campo do poder.” Da disciplina – cujo objetivo era o adestramento dos corpos – passa-se ao biopoder – cujo objetivo é o adestramento da população, ou melhor, da *vida* da população. Da “*anátomo-política do corpo humano*” parte-se para “*uma bio-política da população*.”¹²⁸

Para Foucault¹²⁹, “a biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder.” Logo, os fenômenos que passam a ser levados em consideração, aqui, são os coletivos, ou seja, aqueles “que só aparecem com seus efeitos econômicos e políticos, que só se tornam pertinentes no nível da massa”, o que significa dizer que “a biopolítica vai se dirigir, em suma, aos acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração.”

Por biopoder, portanto, Foucault vai designar a inclusão da vida mesma no âmbito de ação estatal por meio de políticas sanitárias, urbanísticas ou educativas. O soberano, aqui, aprende a dizer *sim*, passando do *não proibitivo* ao *sim governativo*. O poder passa a ser visto como condução de si mesmo e dos outros, uma intensificação e totalização da dominação que é acompanhada, paradoxalmente, por sua limitação. Na obra na qual inaugura a

¹²⁷ REVEL, Judith. **Dicionário Foucault**. Trad. Anderson Alexandre da Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 25.

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 152.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 206-207.

discussão acerca da biopolítica, Foucault¹³⁰ destaca: “o homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.”

A biopolítica, ao contrário dos mecanismos disciplinares, não vai buscar a alteração do indivíduo, não se ocupa dos fenômenos individuais, dos homens isoladamente considerados. A partir de previsões, estimativas, estatísticas e medições, ela vai priorizar as *intervenções* nos fenômenos em nível global, com o escopo de estabelecer mecanismos reguladores que, “nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações”. Quer dizer: vai se preocupar em “instalar mecanismos de providência em torno desse aleatório que é inerente a uma população de seres vivos” de forma a “otimizar [...] um estado de vida.”¹³¹

É nesse momento, portanto, que se percebe “a potência da vida humana que é ‘aproveitada’ pelo Estado e pelas instituições como elemento de poder”, ou seja, passa-se a incluir a vida humana nos cálculos do poder, sendo a lógica do biopoder justamente “cuidar da vida humana a fim de que ela seja produtiva.”¹³² A potência da morte que outrora simbolizava o poder soberano, portanto, passa a ser recoberta pela administração dos corpos, pela gestão calculista da vida¹³³.

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 156.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 207.

¹³² BOFF, Adelaide Bersch. Da norma à vida: a violenta padronização do *ethos*. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito**: inflexões filosóficas. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 193.

¹³³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007, p. 30, refere que esse processo marca o “tránsito desde una lógica del poder centrada en exclusiva en la soberanía, esto es, en el desarrollo de mecanismos de mera perpetuación del poder, a otra que cabe

O foco, na biopolítica, deixa de ser o corpo individual, a consideração do indivíduo no nível do detalhe – como na disciplina. Esses mecanismos disciplinares – que visavam à docilidade dos corpos, ou seja, ao disciplinamento dos corpos, e também do tempo e do espaço, de modo à adaptá-los e torná-los úteis ao sistema de produção vigente – são substituídos por mecanismos globais que objetivam estados globais de equilíbrio, de regularidade, “de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação.”¹³⁴ ¹³⁵ Com efeito, na medida em que se “normaliza” a população, em que se “regulamenta” a população, torna-se mais fácil controlá-la e otimizar a sua produtividade.

calificar de “*gobernabilidad*” o “*gubernamentalidad*”, en la que, sin abandonar la finalidad de la autoconservación, se desarrolla una verdadera ciencia del gobierno, en la articulación entre saber y poder, que da vida a los planteamientos disciplinarios, orientados a la gestión de las poblaciones en función de los flujos productivos que las atraviesan. En esa nueva lógica, las consideraciones productivas se introducen en la Razón de Estado, de modo que una de las funciones del ejercicio del poder será gestionar territorios y poblaciones maximizando las potencialidades productivas, es decir, intentando articular – en cierta medida, recuperar – la cooperación productiva humana. Se pasa de una forma de poder externa a los procesos sociales que simplemente prohíbe (operando a través de la muerte), a otra interna que regula y ordena (gestionando la vida).

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 207.

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 209-210, estabelece um interessante paralelo entre a disciplina e a biopolítica: “temos, portanto, desde o século XVIII (ou em todo caso desde o fim do século XVIII), duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas. Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos. É uma tecnologia que visa portanto não o treinamento individual, mas, pelo equilíbrio global, algo como uma homeóstase: a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos. Logo, uma tecnologia de treinamento oposta a, ou distinta de, uma tecnologia de previdência; uma tecnologia disciplinar que se distingue de uma tecnologia previdenciária ou regulamentadora; uma tecnologia que é mesmo, em ambos os casos, tecnologia do corpo, mas, num caso, trata-se de uma tecnologia em que o corpo é individualizado como organismo dotado de capacidades e, no outro, de uma tecnologia em que os corpos são recolocados nos processos biológicos de conjunto.”

Isso explica, por exemplo, como podem estabelecer-se relações entre sistemas que são à primeira vista absolutamente incompatíveis entre si, como as democracias parlamentares e o estados totalitários. Na medida em que a vida se transforma no centro das intervenções políticas, esses liames se explicam porque se passa a buscar justamente a organização que se revela mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. Logo, as dicotomias tradicionais – como, por exemplo, direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, público e privado – perdem sua clareza, entrando em uma zona de indeterminação ao mesmo tempo que a vida nua se transforma em seu referencial.

Na perspectiva foucaultiana, torna-se importante analisar a forma como ambos os mecanismos de poder – o disciplinar e o regulamentador –, se relacionam: em que pese não estarem no mesmo nível, não há um processo de auto-exclusão, mas de articulação. A origem das “sociedades do controle” contemporâneas está justamente nas técnicas disciplinares de padronização dos corpos nas instituições ao longo dos séculos XVII e XVIII e que nos séculos XX e XXI espalha-se para a sociedade como um todo, objetivando a normalização dos indivíduos em diversas instâncias, induzindo comportamentos – como, por exemplo, determinados padrões de consumo – e fabricando subjetividades não autênticas.

O que vai permitir essa articulação entre as duas formas de exercício de poder identificadas é a *norma*, uma vez que ela “é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar.” Logo, a sociedade de normalização não é outra coisa senão “uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço”, ou seja, “uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação.” Por meio desses mecanismos – disciplina e regulamentação – o poder, a partir do século XIX, passa a incumbir-se da vida, quer

dizer, “ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra.”¹³⁶

É a norma, portanto, que passa a regulamentar a vida humana, a partir da lógica segundo a qual quem segue a norma pode considerar-se inserido no tecido societal. Como salienta Ruiz¹³⁷, o poder normalizador é exercido com o objetivo de produzir subjetividades funcionais. Não se trata de um poder que se manifesta de modo ostensivo, mas que atua anonimamente, buscando não a submissão vertical ao soberano, mas sim a colaboração ativa da população, ou seja, “persegue o adestramento das vontades para uma integração ativa dos indivíduos nos objetivos propostos.” Desse modo, “o poder normalizador funciona de modo invisível no sentido de que as pessoas são treinadas, educadas, informadas, normalizadas para assumir uma atitude comportamental de assentimento ativo incorporando como próprios os valores hegemônicos.”

O paradoxo que se apresenta, nesse viés, diz respeito a como conciliar o direito de matar com um exercício de poder preocupado essencialmente com a vida, seja no que concerne a aumentá-la, seja no que se refere a prolongá-la ou, ainda, multiplicar suas possibilidades à medida que desvia seus acidentes e compensa suas deficiências. A grande questão que se coloca então é como se pode exercer o poder da morte num sistema político centrado no biopoder. Como objeta Foucault¹³⁸, “de que modo um poder viria a exercer suas mais altas prerrogativas e causar a morte se o seu

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 213.

¹³⁷ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**. Porto Alegre: Escritos, 2004, p. 83.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 150.

papel mais importante é o de garantir, sustentar, reforçar, multiplicar a vida e pô-la em ordem?”¹³⁹.

O mecanismo que vai permitir o exercício desse poder de morte em um regime de biopoder é o *racismo*, compreendido a partir de uma dupla perspectiva: em um primeiro momento, o racismo pode ser visto como um meio de introduzir no domínio da vida – de que o poder se incumbiu – o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. Para Foucault¹⁴⁰,

no contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder.

¹³⁹ A objeção foucaultiana decorre da análise do paradoxo atinente à legitimação, em um ambiente de biopoder, da pena de morte. FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 150, explica, então, o fenômeno da paulatina supressão da pena capital: “os que morrem no cadafalso se tornaram cada vez mais raros, ao contrário dos que morrem nas guerras. Mas foi pelas mesmas razões que estes se tornaram mais numerosos e aqueles mais raros. A partir do momento em que o poder assumiu a função de gerir a vida, já não é o surgimento de sentimentos humanitários, mas a razão de ser do poder e a lógica de seu exercício que tornaram cada vez mais difícil a aplicação da pena de morte. [...] Para um poder deste tipo, a pena capital é, ao mesmo tempo, o limite, o escândalo e a contradição. Daí o fato de que não se pode mantê-la a não ser invocando, nem tanto a enormidade do crime quanto a monstruosidade do criminoso, sua incorrigibilidade e a salvaguarda da sociedade. São mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros.”

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 214.

Já a segunda função do racismo, revela Foucault¹⁴¹, será legitimar a morte do “outro” a partir de uma maneira inteiramente nova, compatível com o biopoder: a partir de então, “a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia, mais sadia e mais pura.” A eliminação do perigo biológico representado pelo outro é legitimada, dessa maneira, conforme estiver diretamente relacionada ao fortalecimento da própria espécie ou da raça: “a função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo.”

Na análise de Esposito¹⁴², na medida em que a vida de um povo é racialmente caracterizada, ela também é assumida como um valor supremo, devendo ser conservada incólume em sua constituição originária ou mesmo expandida para além de seus limites. Em um quadro tal, afigura-se como óbvio que a “outra vida”, ou seja, a de outros povos ou outras raças, tende a ser considerada um obstáculo para este projeto, de modo que, em seu nome, deve ser sacrificada.

O refinamento da tese foucaultiana reside justamente nesse ponto: a biopolítica enquanto forma encontrada pelo Estado para “gerir a vida da população” não pode ser ingenuamente compreendida pelo seu “caráter humanitário” de administrar, por meio de intervenções políticas, as condições de vida da população. Há um aspecto violento desse controle, denunciado pelo autor, que reside justamente na exigência contínua e crescente da morte em massa do “outro”, enquanto instrumento privilegiado para a garantia de melhores meios de sobrevivência de uma determinada população: “o poder de expor uma população à morte geral é o inverso do poder de garantir a outra sua permanência em vida.” Nesse contexto, o princípio “poder matar para poder viver” se

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 215.

¹⁴² ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

transforma no princípio de estratégia entre os Estados, com a particularidade de que “a existência em questão já não é aquela – jurídica – da soberania, é outra – biológica – de uma população.”¹⁴³

Como assevera Duarte¹⁴⁴, Foucault compreendeu que

a partir do momento em que a vida passou a se constituir no elemento político por excelência, o qual tem de ser administrado, calculado, gerido, regrado e normalizado, o que se observa não é um decréscimo da violência. Muito pelo contrário, pois tal cuidado da vida trouxe consigo a exigência contínua e crescente da morte em massa, visto que é no contraponto da violência depuradora que se podem garantir mais e melhores meios de vida e sobrevivência de uma dada população.

Toda biopolítica é, nessa medida, também uma tanatopolítica, ou seja, “não há contradição entre o poder de gerência e incremento da vida e o poder de matar aos milhões para garantir as melhores condições vitais possíveis.”¹⁴⁵ Portanto, na medida em que o biológico passa a refletir-se no político, toda forma de eugenia, de cisão entre o que é considerado *normal* e o que é considerado *anormal*, passa a ser justificado. Isso porque o biopoder, em nome da proteção à vida da população, encontra legitimidade para a eliminação de todo perigo a que esta vida possa estar exposta. Segundo Esposito¹⁴⁶, “el *bíos* es artificialmente recortado, por una serie de umbrales, en zonas dotadas de diferente valor que someten una de sus partes al dominio violento y destructivo de otra.”

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 149.

¹⁴⁴ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2010, p. 226-227.

¹⁴⁵ DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2010, p. 227.

¹⁴⁶ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 10-11.

Como ressalta Agamben¹⁴⁷, “uma das características essenciais da biopolítica moderna (que chegará, no nosso século [século XX], à exasperação) é a sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora.” Para o autor¹⁴⁸, é como se toda valorização e toda politização da vida “implicasse necessariamente uma nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante” e passa a ser somente “vida sacra”, que, como tal, pode ser impunemente eliminada: “toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus ‘homens sacros’.”

Em um contexto tal, pelo menos potencialmente, a vida humana é convertida em um terreno de decisões que dizem respeito não somente a seus umbrais externos (como, por exemplo, o que distingue a vida animal da vegetal), mas também a partir de seus umbrais internos, o que significa dizer que “será concedido o, más bien, exigido a la política el decidir cuál es la vida biologicamente mejor y también como potenciarla a través del uso, la explotación, o si hiciera la muerte de la vida menos valiosa biologicamente.”^{149 150}. O ponto de decisão reside justamente em definir em que momento uma vida deixa de ser política (e economicamente) relevante e, conseqüentemente, pode ser eliminada do tecido societal.

¹⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 127.

¹⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 135.

¹⁴⁹ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 11.

¹⁵⁰ Acerca do tema, FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 52, leciona que o discurso, aqui, centra-se em um “combate que deve ser travado não entre duas raças, mas a partir de uma raça considerada como sendo a verdadeira e a única, aquela que detém o poder e aquele que é titular da norma, contra aqueles que estão fora dessa norma, contra aqueles que constituem outros tantos perigos para o patrimônio biológico. E vamos ver, nesse momento, todos os discursos biológico-racistas sobre a degenerescência, mas também todas as instituições que, no interior do corpo social, vão fazer o discurso da luta das raças funcionar como princípio de eliminação, de segregação e, finalmente, de normalização da sociedade.”

Neste estado de coisas, o racismo é condição de possibilidade para que se possa exercer o direito de matar. Nas palavras de Foucault¹⁵¹, o racismo de Estado é exercido pela sociedade sobre ela mesma, ou seja, “sobre seus próprios elementos, sobre os seus próprios produtos”; trata-se de um “racismo interno, o da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social.”

Nesse ponto, é importante consignar que, por “tirar a vida” não se compreende, na perspectiva foucaultiana¹⁵², unicamente o assassinio direto, mas também tudo que pode ser considerado assassinio indireto: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição.”

Com efeito, na medida em que a biopolítica se transforma em tanatopolítica, verifica-se que o ponto de decisão entre o fazer viver e o fazer morrer desloca-se para áreas cada vez maiores da vida social, razão pela qual Agamben¹⁵³ salienta que a fotografia do *homo sacer* pode ser buscada na imagem do refugiado, do paciente sujeito à eutanásia programada, das cobaias humanas, do comatoso, e onde mais se verifique que o homem esteja sujeito ao poder de ciência e de polícia¹⁵⁴. Žižek¹⁵⁵ vai ainda mais longe, incluindo no rol do filósofo italiano os terroristas prisioneiros norte-americanos, os receptores de ajuda humanitária, os sem-

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 52-53.

¹⁵² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 216.

¹⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

¹⁵⁴ O filósofo italiano destaca que “no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar.” AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 155.

¹⁵⁵ ŽIŽEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

papel na França, os habitantes de guetos nos EUA e de favelas no Brasil. Ao fim e ao cabo, o esloveno refere que, no nível mais elementar, somos todos objetos da biopolítica e, portanto, excluídos como o *homo sacer*.

Daí a afirmação de Nascimento¹⁵⁶ no sentido de que “o homem contemporâneo está exposto à violência sem precedentes”, dado que “nunca antes do século vinte os homens foram expostos à morte de forma tão corriqueira e trivial, com o agravante de não se saber sê-lo”. Para ratificar sua afirmação, o autor citado recorre a alguns exemplos na realidade brasileira: os doentes nas filas dos hospitais do sistema público de saúde, os encarcerados em penitenciárias superpovoadas e insalubres, os pacientes abandonados em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciais, os trabalhadores exaustos dos campos de cultivo e extração de cana-de-açúcar, as crianças submetidas ao trabalho escravo, os moradores de ruas dos grandes centros urbanos. O sobredito autor, então, conclui:

da indústria de transplantes de órgãos à especulação imobiliária, passando pelas multinacionais farmacêuticas e usinas de energia, o rio da biopolítica favorece a acumulação dos lucros nas margens que seleciona. E isto ocorre, ao que tudo indica, num ambiente em que a diferença entre enganados e enganadores perde a sua nitidez.¹⁵⁷

Retomando o tema da política nazista, Agamben¹⁵⁸ explica como ocorrem essas sucessivas cesuras – referidas por Foucault enquanto formas de assassinio indireto – até o ponto no qual o “resultado final”, ou seja, o *homo sacer*, é obtido:

¹⁵⁶ NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 175.

¹⁵⁷ NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 178.

¹⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 90.

no Reich nazista, a legislação de 1933 sobre a ‘proteção da saúde hereditária do povo alemão’ marca precisamente essa cesura originária. A cesura imediatamente sucessiva é que distinguirá, no conjunto da cidadania, os cidadãos de ‘ascendência ariana’ dos de ‘ascendência não-ariana’; uma cesura posterior separará, entre estes últimos, os judeus (*Volljuden*) em relação aos *Mischlinge* (pessoas que têm apenas um avô judeu ou que têm dois avós judeus, mas que não são de fé judaica nem têm cônjuges judeus na data de 15 de setembro de 1935). As cesuras biopolíticas são, pois, essencialmente móveis e isolam, de cada vez, no *continuum* da vida, uma zona ulterior, que corresponde a um processo de *Entwürdigung* [aviltamento] e de degradação cada vez mais acentuado. Dessa forma, o não-ariano transmuta-se em judeu, o judeu em deportado (*umgesiedelt, ausgesiedelt*), o deportado em internado (*Häftling*), até que, no campo, as cesuras biopolíticas alcancem o seu limite último. O limite é o muçulmano. No ponto em que o *Häftling* se transmuta em muçulmano, a biopolítica do racismo vai, por assim dizer, além da raça e penetra em um umbral em que já não é possível estabelecer cesuras. Nesse momento, o vínculo flutuante entre povo e população se rompe definitivamente e assistimos ao surgimento de algo parecido com uma substância biopolítica absoluta, que não pode ser determinada e nem pode admitir cesuras (*inassegnabile e incensurabile*).

Não é difícil de compreender porque é em um ambiente de guerra que esse exemplo de consecutivas cesuras até o limite da vida sacra pode ser visualizado – afinal, para além do muçulmano, destaca Agamben¹⁵⁹, “há somente a câmara de gás”. Isso porque é na guerra que o racismo encontra a ferramenta para levar adiante o seu projeto genocida. Ao mesmo tempo em que a guerra permite a destruição do adversário político e, com ele, da raça adversa, ela serve como importante instrumento para a regeneração da própria

¹⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha** (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 90.

raça, afinal, “quanto mais numerosos forem os que morrerem entre nós, mais pura será a raça a que pertencemos.”¹⁶⁰

A guerra (com ela e por meio dela) e o genocídio, assumem nesse quadro, o papel de ferramentas largamente utilizadas pela biopolítica para a consecução de seus objetivos. Ao mencionar que nunca na história da humanidade as guerras foram tão sangrentas como a partir do século XIX, e tampouco os regimes políticos haviam, até então, praticado tamanhos holocaustos em suas próprias populações, Foucault¹⁶¹ salienta que o câmbio ocorre justamente em virtude do surgimento do biopoder, de modo que o “formidável poder de morte [...] apresenta-se agora como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto.”

Em razão disso, já não são mais travadas guerras em nome da defesa do soberano, mas sim em defesa de todos, em um movimento paradoxal: populações inteiras destroem-se mutuamente em nome da necessidade de viver, ou seja, os massacres tornam-se vitais. Essa justificativa – de gestão da vida e da sobrevivência dos corpos e das raças – passa a ser utilizada pelos regimes para travar guerras que causam mortes em massa. Nesse rumo, quanto mais a tecnologia das guerras se volta para a destruição exaustiva, tanto mais as decisões que deflagram e encerram as guerras são tomadas em função da questão nua e crua da sobrevivência. Em síntese: “se o genocídio é, de fato, o sonho dos poderes modernos, não é por uma volta, atualmente, ao velho direito de matar; mas é porque o poder se situa e exerce ao nível

¹⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 217.

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 149.

da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços da população.¹⁶²

Assim, considera-se que o racismo assegura, na economia do biopoder, a função de morte, a partir do princípio de que a morte dos outros representa o fortalecimento da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou população, ou seja, configura-se enquanto elemento de uma pluralidade unitária e viva. E é justamente aqui que reside a particularidade do racismo moderno: ela habita no fato de que ele não se encontra ligado a mentalidades, ideologias ou mentiras do poder, mas à *técnica* ou *tecnologia* do poder, atrelado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a se utilizar da raça – da sua eliminação e da sua purificação – para que possa exercer seu poder soberano¹⁶³.

Foucault¹⁶⁴ serve-se do exemplo do nazismo¹⁶⁵, por ele considerado como o desenvolvimento, até o paroxismo, dos novos mecanismos de poder introduzidos a partir do século XVIII, para explicitar sua tese: “não há sociedade a um só tempo mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas”. Nessa sociedade, o controle das eventualidades próprias dos processos biológicos (procriação, hereditariedade, doenças, acidentes) era um dos principais objetivos do regime. No entanto, essa sociedade, ao

¹⁶² FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 149.

¹⁶³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 218.

¹⁶⁵ Em outro escrito, FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012, p. 163, assevera que “sem dúvida, o nazismo foi a combinação mais ingênua e mais ardilosa – ardilosa porque ingênua – dos fantasmas do sangue com os paroxismos de um poder disciplinar. Uma ordenação eugênica da sociedade, com o que ela podia comportar de extensão e intensificação dos micropoderes, a pretexto de uma estatização ilimitada, era acompanhada pela exaltação onírica de um sangue superior; esta implicava, ao mesmo tempo, o genocídio sistemático dos outros e o risco de expor a si mesmo a um sacrifício total.”

mesmo tempo que universalmente previdenciária, seguradora, regulamentadora e disciplinar, era também perpassada, em todo o seu corpo, pelo poder de matar, que não era prerrogativa apenas do Estado, mas de toda uma série de indivíduos, de modo que, “no limite, todos têm o direito de vida e de morte sobre o seu vizinho, no Estado nazista, ainda que fosse pelo comportamento de denúncia, que permite efetivamente suprimir, ou fazer suprimirem, aquele que está a seu lado.”

A guerra, no regime nazista, é colocada como um objetivo político, ou seja, a política deve resultar na guerra, sendo que “a guerra deve ser a fase final e decisiva que vai coroar o conjunto.” Como decorrência disso, o regime nazista não objetiva apenas a destruição das outras raças: busca-se também expor a própria raça ao perigo universal da morte. Isso significa que a defesa da vida e a produção da morte encontram-se em um patamar de indistinção. Logo, “o risco de morrer, a exposição à destruição total, é um dos princípios inseridos entre os deveres fundamentais da obediência nazista, e entre os objetivos essenciais da política.” Busca-se o ponto no qual toda a população esteja exposta à morte, dada compreensão de que “apenas essa exposição universal de toda a população à morte poderá efetivamente constituí-la como raça superior e regenerá-la definitivamente perante as raças que tiverem sido totalmente exterminadas ou que serão definitivamente sujeitadas.”^{166 167}

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 218-219.

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 219, assevera, então, que a sociedade nazista “é uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder, mas que generalizou, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar. Os dois mecanismos, o clássico, arcaico, que dava ao Estado direito de vida e de morte sobre seus cidadãos, e o novo mecanismo organizado em torno da disciplina, da regulamentação, em suma, o novo mecanismo de biopoder, vêm, exatamente, a coincidir. De sorte que se pode dizer isto: o Estado nazista tornou absolutamente coextensivos o campo de uma vida que ele organiza, protege, garante, cultiva biologicamente, e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar quem quer que seja – não só os outros, mas os seus próprios. Houve, entre os nazistas, uma coincidência de um biopoder generalizado com uma ditadura a um só tempo absoluta e retransmitida através de todo o corpo social pela formidável junção do direito de matar e

Na lição de Esposito¹⁶⁸

el potenciamento supremo de la vida de una raza, que se pretende pura, es pagado con la producción de muerte a gran escala. En primer lugar, la de los otros y, al final, en el momento de la derrota, también de la propia, como testimonio la orden de autodestrucción transmitida por Hitler asediado en el búnker de Berlín. Como en las enfermedades llamadas autoinmunes, el sistema inmunitario se hace tan fuerte que ataca el mismo cuerpo que debería salvar, determinando su autocomposición¹⁶⁹.

Entre a atitude terapêutica e a tanatopolítica, portanto, não há apenas contradição, mas também conexão/complementação. As mortes em massa, no regime nazista, decorreram diretamente da preocupação obsessiva com a saúde do povo alemão. Segundo Esposito¹⁷⁰, os médicos nazistas identificavam como “doente” o povo alemão no seu conjunto e “era precisamente a sua cura que

da exposição à morte. Temos um Estado absolutamente racista, um Estado absolutamente assassino e um Estado absolutamente suicida. Estado racista, Estado assassino, Estado suicida. Isso se sobrepõe necessariamente e resultou, é claro, ao mesmo tempo na ‘solução final’ (pela qual se quis eliminar, através dos judeus, todas as outras raças das quais os judeus eram a um só tempo o símbolo e a manifestação) dos anos 1942-1943 e depois no telegrama 71 pelo qual, em abril de 1945, Hitler dava ordem de destruir as condições de vida do próprio povo alemão.”

ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 13-14, salienta, nesse rumo, que o nazismo constitui um ponto de ruptura e de virada decisiva dentro da biopolítica, conduzindo-a à máxima antinomia que pode conter o princípio segundo o qual a vida se protege e se desenvolve somente na medida em que se amplia progressivamente o círculo da morte. Além disso, a lógica da soberania também é radicalmente transformada: “mientras que, al menos en su formulación clásica, sólo el soberano mantiene el derecho de vida [o] de muerte sobre los súbditos, ahora, este derecho es concedido a todos los ciudadanos del Reich. Si se trata de la defensa racial del pueblo alemán, cualquiera está legitimado, más bien está obligado a procurar la muerte de cualquier otro y, al final, si la situación lo exige, como en el momento de la derrota final, también a procurar su propia muerte.”

¹⁶⁸ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 12.

¹⁶⁹ A imunização é uma analogia utilizada por ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 12, para explicitar o modo de funcionamento da biopolítica: “así como para defenderse preventivamente del contagio se inyecta una porción de mal en el cuerpo que se quiere salvaguardar, también en la inmunización social la vida es custodiada en una forma que le niega su sentido más intensamente común.”

¹⁷⁰ ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 166-167.

requeria a morte de todos aqueles que pela sua simples existência lhe ameaçavam a saúde.”¹⁷¹

O paradigma imunitário proposto por Esposito¹⁷² é, segundo ele, o que melhor se presta a explicar o que levou o nazismo a inverter a proporção entre vida e morte a favor da segunda até o extremo da autodestruição. Para o autor, o que os nazistas queriam evitar era uma “doença infecciosa”, representada pelo “contágio de seres superiores por seres inferiores”, ou seja, “a luta contra os judeus era propagandeada pelo regime como sendo a que opunha o corpo e o sangue originariamente saudáveis da nação alemã aos germes invasores que se tinham infiltrado no seu interior com o intuito de minar a sua unidade e mesmo a sua vida.” Em virtude disso, o termo mais adequado para designar a biopolítica nazista é o termo *zoopolítica*, dado que os judeus passaram a ser tratados enquanto animais, meros parasitas que deveriam ser exterminados.

Nesse ponto, Esposito¹⁷³ refere as palavras de um oficial nazista dirigidas aos SS chegados ao campo de Charcov: “o anti-semitismo é como a desinfestação. Afastar os piolhos não é uma questão ideológica, é uma questão de limpeza.” E aqui uma declaração prestada pelo comandante de policiamento do Rio de Janeiro, coronel Marcus Jardim, em 2008, após uma operação do BOPE na Vila Cruzeiro, evidencia – pela sua similitude com a fala do oficial do Terceiro *Reich* – o caráter letal do racismo de Estado na contemporaneidade brasileira: “A PM é o melhor inseticida contra a dengue. Conhece aquele produto, [inseticida] SBP? Tem o

¹⁷¹ Para ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 12, p. 167, o telegrama 71, enviado por Hitler do *bunker* de Berlim, deixa bastante “claro o ponto limite da antinomia nazi: a vida de alguns, e por fim de um só, depende da morte de todos.”

¹⁷² ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 167.

¹⁷³ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 168.

SBPM. Não fica mosquito nenhum em pé. A PM é o melhor inseticida social.”¹⁷⁴

Do até aqui exposto, ao retomar o tema da guerra, é possível a afirmação de que, quando ela é instrumentalizada pela biopolítica, acaba por se transformar em um “*regime de biopoder*, ou seja, em uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas a produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social”, de modo que “a vida cotidiana e o funcionamento normal do poder passaram a ser permeados pela ameaça da violência da guerra”¹⁷⁵. Nesse rumo, o limite traçado pela sociedade a fim de definir quem são os homens sacros tende, a partir da lógica da guerra, a alargar-se, de modo que, como assevera Agamben¹⁷⁶, “no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional” cada vida humana e cada cidadão carrega, em seu interior, essa possibilidade: “a vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente.”

Assim como Foucault¹⁷⁷ denuncia o fato de que, no regime nazista, a tanatopolítica assume proporções universais, na contemporaneidade o estado de guerra global mencionado por Hardt e Negri¹⁷⁸ demonstra que as proposições de Agamben¹⁷⁹ acerca da virtual sacralidade de todo ser humano em um contexto de culminância dos processos cujos antecedentes nazistas foram

¹⁷⁴ TOLEDO, Malu. Nove morrem em ação do Bope; coronel diz que PM do Rio é “o melhor inseticida social”. **Folha de São Paulo**, 16 abr. 2008.

¹⁷⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 34.

¹⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 135.

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁷⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

¹⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

apenas “laboratórios”¹⁸⁰ apresentam-se como consequência inarredável. Agamben (2008, p. 155) afirma que “nem a vida nem a morte, mas a produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita constitui a tarefa decisiva do biopoder em nosso tempo.”

Esposito¹⁸¹ salienta que a biopolítica assume na contemporaneidade uma posição central, o que se evidencia, por exemplo, a partir da relevância cada vez maior dado ao elemento étnico nas relações internacionais, do impacto das biotecnologias sobre o corpo humano, da centralidade da questão sanitária como índice privilegiado de funcionamento do sistema econômico-produtivo, da prioridade da exigência de segurança em todos os programas de governo, etc. Para o autor,

la política aparece cada vez más aplastada contra la desnuda capa biológica, si no sobre el cuerpo mismo de los ciudadanos en todas partes del mundo. La progresiva indistinción entre norma y excepción determinada por la extensión indiscriminada de las legislaciones de emergencia, junto al flujo creciente de inmigrantes privados de toda identidad jurídica y sometidos al control directo de la policía, todo esto señala un ulterior deslizamiento de la política mundial en dirección a la biopolítica.

Ocorre que, com o desenvolvimento tecnológico e seus riscos¹⁸², a guerra se torna efetivamente absoluta. Com armas que viabilizam destruição em massa e, até mesmo, a destruição global, nem mais os “amigos” estão livres de seus efeitos. No decorrer do século XX, o poder destrutivo da vida chegou à sua potência

¹⁸⁰ MARTINS, Jasson da Silva. Biopolítica e governamentalidade. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito: inflexões filosóficas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 167, assevera que “a análise de Agamben coloca lado a lado os acontecimentos de Auschwitz e Guantánamo. A aproximação desses dois eventos distintos e, ao mesmo tempo, semelhantes tem a função de enfatizar que sua análise é filosófica e não histórica, dado que seu propósito é examinar a partir de um modelo, os alicerces de um paradigma de controle típicos do estado moderno.”

¹⁸¹ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 15.

¹⁸² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

máxima. Auschwitz e Hiroshima são apenas símbolos representativos desse poder. O caráter biopolítico da guerra, portanto, reside justamente aqui:

a capacidade de genocídio e destruição nuclear atinge diretamente a própria estrutura da vida, corrompendo-a, perversando-a. O poder soberano que controla tais meios de destruição é uma forma de *biopoder* neste sentido mais negativo e terrível da palavra, um poder que decide de maneira direta sobre a morte – não apenas a morte de um indivíduo ou grupo mas da própria humanidade e talvez mesmo de tudo que existe. Quando o genocídio e as armas atômicas colocam a própria vida no centro do palco, a guerra torna-se *propriamente ontológica*.¹⁸³

A guerra enquanto regime de biopoder, no entanto, não se exerce apenas de modo negativo, no sentido de produção da morte, mas também no sentido positivo, ou seja, de produção da vida. Com efeito, o poder soberano não pode utilizar-se da pura produção da morte para manter-se. A virtualidade – ou possibilidade – da morte é que é responsável por esse efeito de controle absoluto dos corpos – como já denunciava Foucault em sua análise da sociedade nazista, na qual a possibilidade da morte abarcava toda a população. Como destacam Hardt e Negri¹⁸⁴

o poder soberano só se sustenta se preservar a vida de seus súditos, ou pelos menos a sua capacidade de produção e consumo. Se chegasse a destruir isto, qualquer poder soberano necessariamente destruiria a si mesmo. Mais importante que as tecnologias negativas de aniquilação e tortura, então, é o caráter construtivo do biopoder. A guerra global não só deve trazer a morte como também produzir e regular a vida.

¹⁸³ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 41.

¹⁸⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 42.

Além disso, não só a possibilidade da destruição em massa de toda a população é responsável pela manutenção do biopoder, mas também a *individualização* da violência: “quando chega a se individualizar em sua forma extrema, o biopoder transforma-se em tortura.” Essa afirmação se justifica na medida em que, na contemporaneidade, assiste-se a um processo de banalização da tortura, à sua generalização enquanto técnica de controle. A tortura representa “um dos principais pontos de contato entre a ação policial e a guerra” e representa “a outra face do estado de exceção e da tendência do poder político para se furtar ao império da lei”, uma vez que “de acordo com a lógica do estado de exceção, a tortura constitui uma técnica de poder essencial, inevitável e justificável.”¹⁸⁵

Em Guantánamo, por exemplo, métodos para obter confissões e informações por meio de tormentos físicos e psicológicos foram largamente utilizados. A privação do sono, dentre outras técnicas para desorientar os prisioneiros, ao lado de outras formas de humilhação, como as denunciadas por Khan¹⁸⁶, foram implementadas sem escrúpulos em nome da eficiência na guerra ao terror. Como refere Esposito¹⁸⁷, essas barbáries parecem conduzir à época pré-moderna dos suplícios em praça pública, com um toque hipermoderno, constituído pela plateia planetária da internet: “lo virtual, más que lo opuesto a lo real, constituye, en este caso, la más concreta manifestación en el cuerpo mismo de las víctimas y en la sangre que parece salpicar la pantalla.”

Hoje, a prevenção do terrorismo de massa tende a apropriar-se de suas modalidades e a reproduzi-las, o que está evidenciado por Esposito¹⁸⁸ no seguinte exemplo: “que en la reciente guerra en

¹⁸⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 41-42.

¹⁸⁶ KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram**. Trad. Constantino K. Korovaeff. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

¹⁸⁷ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 16.

¹⁸⁸ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006, p. 17.

Afeganistán los mismos aviones hayan lanzado bombas y víveres sobre las mismas poblaciones es quizás la señal tangible de que superposición más acabada entre defensa de la vida y producción de muerte.”

Tratam-se tais técnicas, na visão de Agamben¹⁸⁹, de uma manifestação do projeto do biopoder contemporâneo de produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita, tendo em vista que “a ambição suprema do biopoder consiste em produzir em um corpo humano a separação absoluta entre o ser vivo e o ser que fala, entre a *zoé* e o *bíos*, o não-homem e o homem: a sobrevivência.” Isso significa que o poder soberano contemporâneo sustenta-se na exclusão que se materializa na permanência (sobrevivência) do excluído.

Nesse estado de coisas, a guerra deixa de ser a *ultima ratio*, ou seja, o elemento final das sequências de poder para transformar-se na *prima ratio*, ou seja, no principal fundamento da própria política. A guerra assume a condição de única forma de coexistência global, cuja consequência, que não surpreende, é justamente uma multiplicação em excesso dos mesmos riscos que com a guerra se pretende evitar. Como resultado, tem-se uma superposição absoluta de valores opostos como paz e guerra, ataque e defesa. Em síntese: vida e morte se sobrepõem cada vez mais¹⁹⁰.

De outra maneira, compreende-se que “a aplicação constante e coordenada da violência torna-se condição necessária para o funcionamento da disciplina e do controle” e, para a consecução desse objetivo, “a guerra deve desempenhar uma função constituinte ou reguladora: terá de tornar-se ao mesmo tempo uma atividade processual e uma atividade reguladora, de ordenação, criando e mantendo hierarquias sociais, uma forma de

¹⁸⁹ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha** (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 155.

¹⁹⁰ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

biopoder voltada para a promoção e a regulação da vida social.”¹⁹¹ Nesse rumo, se a guerra era anteriormente *regulada* mediante estruturas jurídicas, ela é hoje a *reguladora* dessas estruturas, o que se obtém por meio da construção e da imposição de sua própria estrutura legal.

Esse caráter *construtivo* da guerra global nada tem a ver com o poder *constituente* ou *fundador* em sentido próprio, típico das guerras revolucionárias modernas. A ideia, hoje, é de *manutenção*, ou seja, de reprodução e de regulação da ordem vigente, criando a lei e a jurisdição desde o interior. Por isso a guerra é menos voltada para a defesa frente a uma mega-ameaça coerente e mais centrada em mini-ameaças proliferantes, é menos preocupada com a destruição geral do inimigo e mais inclinada para a transformação e até mesmo a *produção* do inimigo. Antes de ter um sentido *fundador*, o caráter regulador da guerra na contemporaneidade visa justamente a deslocar e a sufocar qualquer possibilidade constituinte (emancipatória), posto que a guerra, atualmente, “tem a função de moldar o ambiente político global, tornando-se assim uma forma de biopoder no sentido positivo e produtivo.”¹⁹²

A respeito do tema, Brandariz García¹⁹³ assevera que

la guerra se prefigura en la actualidad como primordial mecanismo regulador de las transformaciones sistémicas en curso, hacia la conformación fáctica y normativa de un nuevo espacio de soberanía global-imperial, en el que la mutación del orden jurídico aparece como elemento constituyente, con singular transcendencia de las políticas bélicas y policiales de la guerra contra el terrorismo

¹⁹¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 45.

¹⁹² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 48.

¹⁹³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007, p. 204-205.

E aqui se retoma o tema inicial do terrorismo. É ele que acaba servindo como justificativa ideológica para o exercício desse poder regulador. Efetivamente, na medida em que a “guerra contra o terrorismo” se alastra na persecução a um inimigo que é abstrato e ilimitado, a aliança entre os amigos também assume proporções universais, afinal, “toda a humanidade pode unir-se contra um conceito ou prática abstrata como o terrorismo”, já que “apresentar o inimigo como encarnação do mal serve para torná-lo absoluto, assim como à guerra contra ele, tirando-o da esfera política – o mal é o inimigo de toda a humanidade.”¹⁹⁴

Assim, considerando-se que o medo, segundo a clássica obra de Delumeau (2009, p. 25), quando disseminado no corpo social, pode conduzir “a comportamentos aberrantes e suicidas, nos quais a apreensão correta da realidade desaparece”, justifica-se, em grande medida, a paranoia securitária da contemporaneidade. Pode-se afirmar, ainda segundo o autor (2009, p. 31-32), que os caracteres fundamentais da psicologia de uma multidão são

sua capacidade de ser influenciável, o caráter absoluto de seus julgamentos a rapidez dos contágios que a atravessam, o enfraquecimento ou a perda do espírito crítico, a diminuição ou o desaparecimento do senso da responsabilidade pessoal, a subestimação da força do adversário, sua capacidade de passar subitamente do horror ao entusiasmo e das aclamações às ameaças de morte.

E, com efeito, na contemporaneidade é sobretudo nas grandes cidades – salienta Delumeau¹⁹⁵ em outro escrito – que se tem medo, uma vez que, nos grandes centros, “o terrorismo se instala, porque os autores dos atentados podem se esconder melhor, jogar cada vez mais com o efeito surpresa, provocando

¹⁹⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 36.

¹⁹⁵ DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. In. NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora SENAC, 2007, p. 49.

mais e mais vítimas.” Em razão disso, é nas cidades-pânico às quais se refere Virilio¹⁹⁶, que o medo é mais intenso, a ponto de induzir várias mudanças em nossas vidas cotidianas, “em razão das medidas de controle e de fiscalização tomadas pelas autoridades, ao que se soma o novo fenômeno da globalização: a partir de agora, é no mundo inteiro que podemos nos transformar em vítimas do terrorismo”, afinal, “ninguém está protegido e um camicase pode aparecer em qualquer lugar.”¹⁹⁷

É aqui que a presença constante de um inimigo e a ameaça intermitente da desordem que ele pode provocar assumem relevância: elas são necessárias para legitimar a violência, afinal, “quando a guerra constitui a base da política, o inimigo se torna a função constitutiva da legitimidade.”¹⁹⁸ E quanto mais abstrato e ubíquo, quanto mais fugidio e inapreensível, quanto mais desconhecido e invisível, mais medo o inimigo provoca e, reflexamente, reafirma a necessidade de mais e mais segurança. Além disso, deve-se recordar que “en la guerra global contra un enemigo difuso y recombinante no existe el momento de conclusión representado hasta el presente por la victoria.”¹⁹⁹

Ressalta-se, nesse âmbito, a afirmação de Bauman²⁰⁰ no sentido de que “a vulnerabilidade e a incerteza humanas constituem os alicerces de todo poder político”, afinal, “os poderes reivindicam autoridade e obediência prometendo a seus súditos a proteção efetiva contra esses dois venenos da condição humana.” Assim, “a zona de sombra criada pelo medo” passa a integrar a

¹⁹⁶ VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

¹⁹⁷ DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora SENAC, 2007, p. 49.

¹⁹⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005, p. 55.

¹⁹⁹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007, p. 204.

²⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013, p. 155.

vida social e política, uma vez que “medo e obediência – que sempre andam juntos – em nome do interesse constroem a tirania.”²⁰¹

Na seara das práticas punitivas, é caudaloso o debate que tem sido travado no rastro desse câmbio de paradigma no enfrentamento à “dissidência” do modelo preconizado pelas hegemonias neoliberais que detêm o (bio)poder configurador da guerra em suas mãos. É no Direito Penal que esse biopoder vai encontrar sua maior ressonância. Segundo Valente²⁰², a

dramatização e a politização da violência, em especial a violência terrorista ou a violência descarnada da desobediência civil qualificada de terrorista, gerou o retorno à concepção de um ‘delinquente-inimigo’ como se a prevenção ao e do crime se fundasse em uma lógica de ‘guerra ao crime’ demolidora de uma verdadeira *politique*, que não se esgota nas ‘dimensões avassaladoras’ e no ‘flagelo que constitui a criminalidade organizada’. Este ‘regresso a casa’ ou ‘retrocesso vem embebido de uma ‘cultura de segurança’, típica da ‘sociedade de risco’ e da ‘sociedade do bem-estar’.

Em razão desses fatores, passa-se a preconizar a expansão da intervenção do Direito Punitivo, bem como a destacar a importância de se relegarem a segundo plano princípios e garantias que davam sustentação à sua teorização liberal, em nome de uma maior eficiência no “combate”. Cornelli²⁰³ afirma que, com o objetivo de tranquilizar os cidadãos e de tornar efetivo o seu direito a não ter medo, “la política difunde una cultura del temor y del control que sostiene y legitima intervenciones punitivas, en la búsqueda de la ‘solución final’ al problema criminal.”

²⁰¹ NOVAES, Adauto. Políticas do medo. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora SENAC, 2007, p. 15.

²⁰² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do inimigo e o terrorismo**: o “progresso ao retrocesso”. São Paulo: Almedina Brasil, 2010, p. 69.

²⁰³ CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Trad. Flavia Valgiusti, Joaquín Octavio Marcet e Carla Amans. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 344.

Em face do risco – conhecido ou desconhecido – cada vez maior, passa-se a exigir do Direito Penal “adequação”, ou seja, que ele se valha de “armas” materiais e processuais que sejam eficientes para o “combate”. Entende-se que a sociedade de risco “vulnerabilizou as estruturas materiais e processuais penais construídas pelo garantismo e que os novos (velhos) perigos impõem uma resposta adequada a tutelar bens jurídicos fundamentais à coexistência livre humana.”²⁰⁴ Por isso é que contemporaneamente verifica-se uma tendência de incorporação na legislação penal de cada vez mais delitos, de penas mais duras e de regras mais severas, sem atentar para os princípios e garantias penais e processuais clássicos, com o objetivo de conseguir uma maior eficiência em face da criminalidade e uma maior “segurança cidadã”²⁰⁵.

Isso tem conduzido, como adverte Pérez Cepeda²⁰⁶, em âmbito global, a uma simbiose entre as noções e conceitos que outrora separavam o Direito Penal da guerra, o que fica claro a partir da análise de uma das teorizações mais polêmicas da contemporaneidade no sentido de legitimação de um modelo tal de Direito Punitivo: trata-se da tese defendida por Günther Jakobs, para o qual o combate efetivo da macrocriminalidade somente se viabiliza na medida em que haja uma diferenciação no trato daqueles que podem ser considerados – ainda que eventualmente pratiquem algum crime – como *cidadãos*, e aqueles que só podem ser enfrentados enquanto *inimigos* do Estado, pois das suas regras se afastaram definitivamente, como é o caso, dentre outros, dos terroristas e dos indivíduos pertencentes ao crime organizado.

²⁰⁴ CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Trad. Flavia Valgiusti, Joaquín Octavio Marcet e Carla Amans. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 92.

²⁰⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? In: GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; SANZ MULAS, Nieves. **Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Granada: Comares, 2005. p. 213-241.

²⁰⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

Nesse contexto, a categoria “Direito Penal do Inimigo” cunhada por Jakobs talvez seja a melhor ferramenta conceitual para a compreensão da nova *doxa* punitiva que surge como decorrência do estado de guerra global. De acordo com a ótica de Giacoia Junior²⁰⁷, o Direito Penal do inimigo indica, na própria ousadia de sua formulação, “uma instanciación empírica do racismo característico da moderna soberania concebida e implementada como bio-política”. E por isso ele acaba por oferecer uma descrição fiel da evolução do Direito Penal na contemporaneidade: “como direito penal centrado no autor e na periculosidade (uma nova modalidade de perigo biológico), e não como direito penal fundado no *fato* delitivo típico e na imputabilidade.”

Efetivamente, no contexto de guerra global contemporâneo, o Direito Penal parece cada vez mais inclinado nesse sentido. E, se o estado de exceção paulatinamente vem se transformando na regra no cenário político internacional, os reflexos desse processo fazem com que a nova *doxa* punitiva que se estabelece na contemporaneidade seja marcada justamente por essa indistinção conceitual entre Direito Penal e guerra. Desse modo,

el *estado de excepción* del presente se generaliza – con lo que renuncia a su proclamación formal –, es decir, deja de ser limitado en el tiempo y vinculado a una situación determinada; de este modo la institución pasa de ser una suspensión provisional del Derecho para devenir forma de transformación global de las modalidades de ejercicio del poder hacia la conformación de un orden jurídico radicalmente mutado²⁰⁸.

De fato, não se assiste à emergência de um *momento* de exceção e de ulterior retorno à lógica jurídica, mas sim a um processo de *normalização política* das dinâmicas securitárias

²⁰⁷ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **KRITERION**: Revista de Filosofia. Belo Horizonte, n. 118, 2008, p. 306.

²⁰⁸ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007, p. 253-254.

teoricamente extraordinárias. Essa característica é que faz do estado de exceção contemporâneo algo peculiar, uma vez que, generalizado, ele representa uma contradição, tanto terminológica quanto jurídico-política. Com efeito, um estado excepcional projetado durante um tempo indeterminado e estendido ao conjunto dos espaços públicos e privados constitui um verdadeiro câmbio de regime político, de caráter mais autoritário – e também totalitário –, na medida em que tende a fulminar os controles e equilíbrios entre os poderes, outorgando ao Executivo a prioridade hegemônica.

Em um contexto assim, o sujeito individual não é considerado enquanto cidadão, mas como *súdito* ou *vida nua*, “en ausencia de un régimen de derechos, libertades y garantías que conformen el nuevo Estado de Derecho global.” Em razão disso, afirma-se que se trata de “un nuevo régimen – autoritario – de biopoder.”²⁰⁹

Nesse espaço de exceção “normalizada”, evidencia-se que não há apenas um Direito Penal da culpabilidade: há, também, um Direito Penal da luta, da periculosidade e da neutralização²¹⁰ que assume, no estado de guerra global, posição central. Brandariz García²¹¹ refere, a propósito, a emergência de um subsistema penal de exceção, que tende a transcender seus limites originários, em um processo de difusa expansão/normalização – a ponto de contaminar o conjunto do sistema penal –, no rastro de uma narrativa para cuja operatividade contribuem alguns pressupostos como a centralidade adquirida pelo valor segurança e, em concreto, a existência de uma certa ansiedade social em face da insegurança, ou mesmo a afirmação do medo como um dos motores da evolução

²⁰⁹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007, p. 255.

²¹⁰ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. **Revista Penal**. n. 24, p. 52-70, 2009.

²¹¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007, p. 226.

social, bem como, em relação com o anterior, a desordem e a incerteza gerados pela crise de determinados referentes identitários de caráter sistêmico. Nesse contexto, para o referido autor,

se reproduce una narrativa de la identidad y de la alteridad, de fácil acomodo para conformar la figura del enemigo, en la que, de acuerdo con la retórica esencialista del *choque de civilizaciones*, la etapa presente se caracterizaría por una amenaza, de extraordinarias dimensiones, a *Occidente y a sus valores*.

Em nível teórico, a distinção entre inimigos e cidadãos estabelecida pelo penalista alemão Günther Jakobs se afigura como a postura científica que melhor serve para a compreensão do estado d'arte das práticas punitivas no contexto delineado neste primeiro capítulo. Efetivamente, essa diferenciação entre amigos e inimigos decorre da compreensão de Jakobs de que os indivíduos que constituem uma ameaça ao sistema social não podem ser tratados como pessoas, mas sim *combatidos* como *não-pessoas*. O penalista propõe, então, a adoção da dicotomia conceitual Direito Penal do Inimigo *versus* Direito Penal do Cidadão justamente para designar as concepções de autor das quais deve partir o Direito Penal no enfrentamento da criminalidade no contexto mundial atual, sob a alegação de que, sem essa diferenciação, não existe outra alternativa para o combate a determinadas formas de delinquência. É com a análise desse modelo teórico de Direito Punitivo que se ocupa o capítulo que segue.

De novo direito penal do inimigo? Uma contradição em termos?

Para alcançar o intento de definir os contornos do denominado Direito Penal do inimigo, pode-se referir que os ordenamentos jurídicos ocidentais experimentam uma mudança de direção jurídico-política, afastando-se do *núcleo duro* do ordenamento jurídico -em termos de *tipo ideal* permeado de garantias constitucionais¹- recepcionando novos conteúdos e informações, enfim, enfrentando uma nova complexidade. Assiste-se a uma nova *prática penal* excepcional, (re)introduzida, de forma dramática, após o atentado de 11 de setembro de 2001². Tal mudança de rumo da política criminal possui uma causa conhecida: a *expansão* do Direito Penal³, expressão utilizada por Silva Sánchez⁴ para referir que, no mundo atual, o sistema penal tem sido utilizado para arrostar a complexidade das sociedades

¹ Consultar FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 851-905.

² Ver MUÑOZ CONDE, Francisco. El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno “derecho penal del enemigo. In: GREGO; Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. Aniversário em 02 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 451-483.

³ Conforme CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: derecho penal del enemigo? In: MELIÁ, Cancio; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 341-382.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 3. ed. Buenos Aires-Montevideo: IBDEF, 2011.

pós-industriais, numa verdadeira ampliação dos setores submetidos à regulação, como meio ambiente, mercado de capitais, cartéis de drogas, crime de terrorismo, dentre outros, naquilo que se denomina *criminalização no estágio prévio* à lesão a bens jurídicos (crimes de perigos/ou Direito Penal do risco)⁵. O dilema apresentado é o de que a linha expansiva do Direito Penal do risco, germe do Direito Penal do inimigo, forja outros dois fenômenos não menos complicados, detectados por Cancio Meliá, que são o *simbolismo* e o *punitivismo*. Aquele, na forma de uma crítica, adquire o sentido de populismo punitivo⁶; correspondendo a uma *arma política* à disposição de um legislador de plantão com a missão de passar uma mensagem tranquilizadora à sociedade no sentido de que algo está sendo feito para combater a criminalidade; este, representado pelo incremento das penas já estabelecidas rumo à neutralização total do delinquente⁷.

Sob influxos expansivos, a política se apoderou da ciência penal, que não mais funciona como barreira à política criminal estatal, na idealização de Von Liszt⁸. Logo, o sistema penal passou a

⁵ CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 343-345.

⁶ Os contornos do denominado populismo punitivo são dados por HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. Também LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoesis* do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 239-272, mar./abr. 2012.

⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: derecho penal del enemigo? In: MELIÁ, Cancio; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 345-355.

⁸ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Tradução de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. In: MAIER, Julio B. J. (Org.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 399-428. No articulado, Baratta informa que a política criminal é o gênero, isto é, uma totalidade vasta e completa, da qual a política penal é espécie. Nesse passo, acentua que a política criminal depende da intenção subjetiva de seus atores (legislador e órgãos administrativos) que elaboram diferentes programas e definem etiquetas, daí o porquê de se notar que a distinção política de segurança e política social é ideológica, produzindo uma falsa consciência dos atores institucionais e públicos. Dessarte, a questão da segurança assume caráter puramente ideológico, uma vez que o pensar seletivo relaciona a segurança como um discurso político-jurídico que se vale de uma política repressiva aberta e autoritária, esquecendo que a segurança deve se referir, em realidade, ao desfrute e proteção dos direitos fundamentais sociais e econômicos. Em definitivo, conforme Baratta,

ser engendrado como a *prima ratio* no controle social -o denominado *eficientismo*⁹-, impondo uma revisão do pacto social iluminista da modernidade, que conferia ao Estado de Direito a missão de conter a guerra, de civilizar a humanidade, submetendo os conflitos sociais e políticos às regras institucionais, fazendo da *segurança social* dos cidadãos sua promessa central¹⁰. O poder e sua violência, que a ideologia do Iluminismo tentou domesticar¹¹, continuam se revelando como um *veneno* que alimenta a violência estatal¹². E isso acontece quando os conflitos assumem a dimensão de guerra civil, havendo um recondicionamento entre a forma bélica de pensamento e as ações de reação punitiva. Em suma, na trilha de Baratta, na quadratura atual, as forças de ordem e o sistema penal assumem a forma de guerra, ao mesmo tempo em que o *momento penal* se dilata englobando práticas militares e paramilitares¹³.

o Estado já não mais intervém para realizar seu dever de prestação social com relação aos sujeitos lesado, mas, sim, para realizar ações preventivo-repressivas com respeito a sujeitos considerados como fatores de risco.

⁹ Ver MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 299-320, para quem o “eficientismo ou funcionalismo” designam formas preventivas hoje difundidas na Europa e na América, constituindo-se na última variante do Direito Penal da emergência, isto é, uma degeneração que, desde sempre, acompanhou o moderno Direito Penal. E isso ocorre, segundo Moccia, quando a sociedade mundial se depara com uma crise do sistema econômico, provocada pela globalização e políticas neoliberais que dominam o mercado, provocando desigualdades e desequilíbrios profundos. Dessarte, a crise de grandes proporções determina um recrudescimento dos conflitos e, nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser subsidiário e se converte na *prima ratio* da política social, uma espécie de panaceia ilusória com a qual se pretende afrontar e resolver os mais diversos problemas sociais. Em suma, o Direito Penal transforma-se, ao mesmo tempo, em um instrumento repressivo e simbólico, acudindo-a, com frequência, através de “leis manifesto”.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Tradução de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. In: MAIER, Julio B. J. (Org.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 411-412.

¹¹ POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 125-156.

¹² POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 412.

¹³ Ibid., p. 412-423.

Nesse estado da arte, *o efficientismo* penal instrumentaliza o sistema penal para enfrentar os riscos da sociedade atual, notadamente, causados pela crise do Estado social, aliado à heurística do medo líquido¹⁴, forjando um *Direito Penal da emergência*, que estende a guerra aos conflitos sociais e políticos, permitindo que o conflito bélico permaneça em aberto nas sociedades, despregando-se da conflituosidade social de forma violenta. Nesse entorno, o controle penal é pervertido em uma *panaceia* para a cura de todos os males sociais, deslizando rumo ao modelo totalitário de política criminal¹⁵, consolidando a cultura da emergência, bem exemplificada no trato do crime de terrorismo, na acurada lição de Cancio Meliá^{16 17 18}. No limite, a formulação

¹⁴ Por todos, BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007.

¹⁵ Ibid., p. 415.

¹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo derecho penal del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 541-543.

¹⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55. Cancio Meliá, nesse passo, afirma que as características da política criminal praticada nos últimos anos resume-se ao conceito de “expansão”, possuindo os seguintes fenômenos expansivos: Direito Penal simbólico e o ressurgimento do *punitivismo*.

¹⁸ Ver CANCIO MELIÁ, Manuel. Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexions sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 94, p. 204-224, 2006. Para Cancio Meliá, a internacionalização expansiva do Direito Penal, que já era notada a partir da globalização e percepção social do crime transnacional (clamor social por uma intervenção maior da pena pública e o dilema vitimológico), intensifica-se, freneticamente, a partir do atentado de 11.09.2001, convergindo em esforços internacionais de harmonização e cooperação no marco da UE, apresentando uma questão interrogante: a sociedade está disposta a sucumbir ante os riscos do terrorismo ou estará preparada para assumir recortes na sua liberdade? Como bem nota Meliá, parece que o cenário mundial pende para a segunda assertiva, uma vez que a eficácia preventiva que assola o debate informa que a legislação de “luta” contra o terrorismo assume contornos nítidos de um Direito Penal do inimigo, mormente pela “demonização” do terrorista, isto é, mecanismo de categorização/definição de um coletivo como inimigos. Consultar Ibid., p. 214-215. Leitura obrigatória, também, CANCIO MELIÁ, Manuel. Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista em el código Español. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 3, p. 223-252. No artigo, Cancio Meliá sustenta, com todo acerto, que a legislação espanhola de combate ao terrorismo

cristalizada no Direito Penal do inimigo representa o ápice do projeto expansionista, iniciado nos idos dos anos 80¹⁹ ²⁰, cuidando-se de um modelo totalitário²¹, com características marcadamente antiliberais, representando “a própria crise do Estado social em matéria criminal”²².

De efeito, há, efetivamente, em política criminal, uma mudança de rumo, já que o projeto modernizante-expansivo da política criminal nos séculos XX e XXI breiou o movimento de despenalização dos últimos tempos, congregando, no seu desiderato, a direita conservadora, que sempre fez uso político do movimento de *lei e ordem*, e a esquerda, outrora refratária ao *conservadorismo* da criminalização. Dessa maneira, na atualidade,

(LLOO 7/2000 e 7/2003, se constitui em uma legislação maximalista, uma vez que ampliou o alcance de inúmeras infrações, que, em linha evolutiva, em alguns segmentos, pode ser descrita como pertencente ao ilegítimo e incoerente Direito Penal do inimigo. Ibid., p. 75-77. Por fim, consultar CANCIO MELIÁ, Manuel. Sentido y límites de los delitos de terrorismo. In: GARCIA VALDES, Carlos. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: EDISOFER, 2008. v. 2, p. 1879-1906.

¹⁹ Conforme APONTE, Alejandro. Acerca de una noción particular de “eficiencia en el derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montivideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 211. Para Aponte, a noção de segurança sofreu uma transformação radical desde a década de 80, uma vez que ela se transmutou para o pensamento de eficácia ou eficiência em Direito Penal. Assim, o *eficientismo penal* constitui um novo modelo de Direito Penal da emergência, um Direito Penal voltado para fins eminentemente políticos.

²⁰ Nesse sentido, MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo el la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montivideo; Buenos Aires, 2006. v. 1, p. 1004-1005, quando alude que o fenômeno da expansão do Direito Penal provocou, em alguns países, a aparição do chamado Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), sendo que, com essa expressão, pretende tratar determinados setores, como a delinquência organizada, a delinquência sexual reincidente ou habitual, o terrorismo, dentre outras matérias. Por fim, refere que o Direito Penal do inimigo se caracteriza por tratar o delinquente como não cidadão.

²¹ Como diz FERRAJOLI, Luigi. O Direito Penal do inimigo é uma contradição em si mesmo, isto é, uma negação do próprio Direito Penal, representando a dissolução de seu papel e de sua essência. FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho. Jueces para la Democracia*, Madrid, v. 2, n. 57, p. 03-10, nov. 2006.

²² Ibid., p. 345.

ambos os setores políticos passaram a auferir bônus políticos e eleitorais da política criminal intervencionista²³.

De outro lado, estabelece-se, nos marcos do Direito Penal do risco e de sua expansão/modernização, uma nova relação entre indivíduo e sociedade na hora de explicar a delinquência, bem como no momento de afrontar sua prevenção, algo problemático, mormente em razão da superação do modelo ressocializador e sua substituição pelo paradigma da neutralização (ou *punitivismo*). Com efeito, essa nova forma de ver e combater o crime, em uma aproximação analítica, é qualificada por Ripollés²⁴ como *ideologia da distribuição* ou da *repartição* dos riscos entre indivíduo e sociedade, notando Ripollés, por relevante, que não se está em um ambiente de crimes tecnológicos ou da criminalidade dos poderosos - o projeto ideal do Direito Penal da sociedade do risco-. Ao contrário, parece que se continua a focar a criminalidade clássica, entretanto, com a sociedade muito sensível ao risco e à criminalidade comum. Assim, a ideologia da partilha dos riscos parte do pressuposto de que o indivíduo e a sociedade devem compartilhar os riscos dos delitos, desimportando, por completo, a questão estrutural ou fenomenológica do delito. Dito de outro modo, a sociedade recusa-se a assumir os custos da criminalidade. Desprezam-se enfoques estruturais, privilegiando-se análises volitivas, já que a sociedade não admite compartilhar responsabilidades sociais na gênese e abordagem da delinquência²⁵.

Adota-se uma atividade de gestão atuarial como modelo de distribuição dos riscos, no qual o indivíduo e a sociedade se veem como meras contrapartes de um contrato, no qual nenhum dos contratantes responde pelas circunstâncias prévias favorecedoras

²³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 350-356.

²⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: IBDEF, 2007. p. 164.

²⁵ *Ibid.*, p. 167.

do risco. É maximização na ideologia da partilha dos riscos, criando uma verdadeira oposição radical entre o indivíduo e a sociedade. Nas palavras de Ripollés, o projeto de segurança cidadã introduz uma distinção entre quem merece ou não ser considerado cidadão²⁶. Nesse contexto de uma política criminal de oposição entre indivíduo e sociedade, passa-se a entender e a defender que o conceito de pessoa não é originário, ou seja, que é produto da comunicação dentro do sistema social ou normativo.

Em definitivo, a problemática questão do denominado Direito Penal do inimigo sobressai de uma secular tensão existente entre liberdade e segurança, contraposição que acompanha a questão da legitimidade do Estado de Direito, que, na atualidade, desde que a segurança se converteu no *dever-ser* do controle penal (maior prevenção em detrimento das garantias constitucionais), se olvida que a segurança é somente um dos aspectos da garantia dos direitos da pessoa, não podendo ser concebida de forma autônoma. Todavia, caso se compartilhe o entendimento que de a segurança, por si só, é um direito fundamental, bem como que o recrudescimento do Direito Penal é meio legítimo para proteger a sociedade de seus malfeitores, reputa-se defensável, sob a ótica de um *Estado preventivo* - proativo para enfrentar os riscos-, que se adiante os marcos punitivos, que se flexibilizem as garantias constitucionais, enfim, que se viole os direitos fundamentais que, afinal, *não são de todas as pessoas*²⁷. Ora, nessa variante de um funcionalismo radical, o Direito Penal do inimigo aparece como uma *exceção* não contraditória, senão consequente com os fins que se têm sido atribuídos ao controle penal²⁸, aperfeiçoado que está na

²⁶ Ibid., p. 168.

²⁷ Consultar CRESPO, Eduardo Demétrio. Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre a ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. El discurso penal de la exclusión. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 473-509.

²⁸ CRESPO, op. cit., p. 478.

nomenclatura da *luta*, *habitat* natural da ausência de comunicação com o infrator.

2.1 Direito Penal do Inimigo (Jakobs) ou a Terceira Velocidade do Direito Penal (Silva Sánchez) do Ordenamento Jurídico

Günther Jakobs é o penalista que, com mais detalhes, se ocupou do denominado Direito Penal do inimigo, termo antigo e utilizado desde os primórdios da civilização²⁹ (especialmente na categoria do político de Carl Schmitt³⁰, que entendia que a decisão soberana da política, inclusive para declarar o *estado de exceção*, se definia na oposição *amigo/inimigo*), não escapando de forte reação crítica^{31 32}. Sua construção teórica conhece fases distintas,

²⁹ Conforme ZAFFARONI, o termo inimigo é antigo, uma vez que sempre existiram, desde a Grécia antiga, discursos teóricos postulando maiores cotas de repressão para os crimes mais graves, chegando, por exemplo, a Carl Schmitt, que Zaffaroni considera como sendo o pensador mais influente. Dessarte, no pensamento de Zaffaroni, o primeiro inimigo esteve representado nas bruxas, que pactuavam com o *satán*. Ao depois, quando do processo de colonização capitalista, restou instrumentalizado nos *extranhos* (índios, servos, escravos), que eram submetidos a tratamentos mais severos que os *iguais*. Em suma, para Zaffaroni, a repressão sempre foi diferencial, punindo de forma diferente os iguais e os estranhos, desde os modelos pré-industriais, nos quais os criminosos graves e os dissidentes eram eliminados pela pena de morte ou prisão perpétua, culminado, nos EUA, na legislação antiterrorista (*ley patriótica*), que cancela as garantias constitucionais do imputado. Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 117-1147. Consultar, de igual sorte, ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renan, 2007. p. 29-153.

³⁰ Ver SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³¹ Consultar SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? crítica a las insoportadas tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: DONA, Edgardo Alberto (Dir.). *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 2, p. 47 e seguintes. Para Schünemann, foi o penalista Günther Jakobs que ligou a teoria e prática do Direito Penal do inimigo.

³² A abordagem crítica do Direito Penal do inimigo, de forma sistemática e com aportações de diversos autores, é fornecida na obra coletiva CANCIO MELIÁ, Ibid., v. 1-2. No mesmo sentido, consultar CABANA FARALDO, Patricia. *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. Também, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

podendo-se falar, conforme Martín³³, de um primeiro ou segundo Jakobs³⁴. O primeiro surgiu no primeiro congresso de penalistas alemães, realizado no período de 16 a 19 de fevereiro de 1985. Na sua conferência, Jakobs refutou a teoria do bem jurídico, na medida em que, segundo ele, tratava o delinquente como inimigo de bens jurídicos ou fonte de perigo, legitimando punições desproporcionais. Nesse particular, Jakobs observou que a expansão de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal estaria fragilizando as *liberdades do cidadão*, especialmente pela crescente punição em estado prévio: antecipação da punição para crimes de perigo abstrato), chegando a penetrar no âmbito interno das pessoas (punindo a mera intenção). Na sua abordagem da legislação e doutrina tradicional, as quais, em algumas figuras típicas, estariam tratando o cidadão como inimigo, disse a teoria do bem jurídico ampliava, na otimização de proteção, o âmbito da punição estatal, ao contrário do Direito Penal do cidadão, que priorizava as esferas de liberdades³⁵. Em suma, nas suas primeiras referências à expressão Direito Penal do inimigo, Jakobs, de forma crítica, anotava a existência de uma crise do Estado das *liberdades*.

O segundo Jakobs apresentou-se na Jornada Berlinesa de professores de Direito Penal, realizada no ano de 1999, oportunidade em que o autor retomou a temática do denominado Direito Penal do inimigo, radicalizando seu pensamento no

³³ Ver MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 1007-1016. Nesse passo, Martín retrata a existência, a partir da apresentação de estudos e tomada de posição, de dois Jakobs.

³⁴ No mesmo sentido é o pensamento de APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 163-204, que também nota a existência de dois Jakobs. Um primeiro, crítico do Direito Penal do inimigo (1985), e um segundo, defensor de um sistema dual, pugnando que o Direito Penal somente fosse aplicado ao cidadão, isto é, a pessoas que, pelo modo de vivenciar o pacto social, dessem mostras de efetiva fidelidade ao Direito. Aos inimigos, que não fornecem expectativas cognitivas (como os terroristas), os não pessoas, vigeria um estado de guerra.

³⁵ JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima, 2000.

sentido de que a sociedade atual, fragilizada, desencantada e sob o domínio do sistema econômico global, só poderia contar com um ordenamento jurídico *efetivo e real* (não *ideal*), caso estabelecesse duas regulações distintas: uma no trato do cidadão (que reconhece a estrutura normativa da sociedade, não obstante pratique crimes); outra, para cuidar do inimigo (que deve ser interceptado previamente e combatido por sua periculosidade). No entendimento de Jakobs, quem não presta uma segurança cognitiva pessoal, porque se afastou, de forma permanente, do Direito do Estado, não pode ser tratado como pessoa, sob pena de violar o direito à segurança das outras pessoas fiéis ao Direito e à própria constituição da sociedade. Por tal motivo, segundo ele, não se pode dispensar tal dualidade, tampouco *demonizar* o Direito Penal do inimigo, que deve prescrever: a) um amplo adiantamento da punibilidade (crimes de perigo), sem a correspondente redução da pena; b) controle penal direcionado ao futuro de forma *prospectiva* (periculosidade), deixando de ser informado pelo passado (fato cometido); c) transição de uma legislação penal a uma legislação de luta ou combate e, por último, d) redução das garantias processuais, que deveriam ser diminuídas ou suprimidas. Por fim, alude Jakobs que o inimigo deve ser identificado nas seguintes áreas: nos crimes sexuais, nos criminosos habituais, nos delinquentes econômicos, na criminalidade organizada, no tráfico de drogas, no terrorismo³⁶.

Por ocasião da jornada em Berlim, Jakobs não se limitou a descrever ou refutar o Direito Penal de exceção, que poderia estar *contaminando* o Direito Penal do cidadão no movimento de incremento dos bens jurídicos, como fez na primeira oportunidade. Ao contrário, defendeu a existência de medidas que justificassem a

³⁶ JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 58-59. Nesse aspecto, Jakobs observa que o Direito Penal do inimigo segue regras distintas do Direito estatal.

exclusão de inimigos, os quais, na sua lição, já estariam sendo tratados pelo Direito Penal do cidadão, no seu efeito contagiante; cumprindo à ciência criminal identificar as regras do Direito Penal do inimigo e apartá-las do Direito Penal do cidadão, a fim de poder tratar o delinquente *fíel* como pessoa em Direito³⁷.

Posteriormente, em outras manifestações ao público e com a edição de seu livro “*Direito Penal do Inimigo*”, obra em coautoria com Cancio Meliá³⁸, especialmente quando se manifestou com relação aos crimes de terrorismo que se sucederam após o atentado de setembro de 2001 e respondendo a indagações se *terrorista deveria ser tratado como pessoa ou se o Direito estatal estava aparelhado para combater o crime de terrorismo*, dentre outros, Jakobs reconheceu, de forma *resignada*, que o Direito Penal do inimigo era legítimo, não obstante, na medida do necessário, uma vez que o Estado, para defender a segurança dos cidadãos, não poderia renunciar a qualquer meio no exercício de sua função protetiva, mormente pelo fato de que se trata de casos excepcionais.^{39 40 41}

³⁷ Ibid., p. 56-57.

³⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e de Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21-50.

³⁹ JAKOBS, Günther. La autocompreensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKARDT, Björn (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64. No articulado, Jakobs assevera que quem quer ser tratado como pessoa deve dar certa segurança cognitiva que vai se comportar como tal. Agora, se tal garantia não é fornecida, o Estado, que ameaça seus inimigos, o Direito Penal passa a ser uma reação das pessoas e da sociedade frente a um inimigo. Logo, cumpre à dogmática separar o que circula em nome do Direito Penal e discutir o que deve ser combatido pelo Direito Penal do inimigo.

⁴⁰ MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo em la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 1007-1011.

⁴¹ Assim, manifesta-se PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 213 e seguintes. Portilha Contreras, reconstruindo a jornada de Jakobs, a partir de 1985, ensina que, nesse período, Jakobs somente admitia, excepcionalmente, um Direito Penal para inimigos e uma legislação de emergência. Posteriormente, conforme ele, houve um salto qualitativo, uma vez que o

No seu intento, fundamentou Jakobs, filosoficamente, o seu pensamento nos autores contratualistas como Rousseau, Fiche, Kant e Hobbes⁴², centrando a formulação na distinção Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo⁴³. Segundo Jakobs, com o Direito Penal do cidadão, a pena estabelece comunicação contrafática com o delinquente, reafirmando a vigência da norma⁴⁴. Já, no Direito Penal do inimigo, a pena perderia sua

próprio Jakobs descartou qualquer outra alternativa ao Direito Penal do inimigo, passando, nos seus últimos trabalhos, a legitimar o Direito Penal do inimigo.

⁴² Ver JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e de Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25-38.

⁴³ Isso resulta mais evidente nos últimos escritos de Jakobs, especialmente no seu artigo “Terroristas como personas em Derecho”, oportunidade em que sinala que não é possível travar uma luta ou guerra contra os terroristas com o instrumento do Direito Penal de um Estado de Direito. Propõe a dicotomia pessoa e não pessoa (caso dos terroristas), notando que a proposição de que todo ser humano deve ser tratado como pessoa é incompleta. Portanto, para Jakobs, deve ser procurado em que condições tal personalidade se converte em realidade. Reputa que há necessidade de um apoio cognitivo como dever da pessoa, qual seja, de fidelidade ao Direito. Assim, no pensamento jakobsiano, só merece ser tratado como pessoa quem apresente uma certa fidelidade ao Direito. Do contrário, quem não leva a sério essa prestação deverá ser “hereroadministrado” pelo Estado, perdendo sua autonomia e direitos. Ver JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 77-92. Também, na mesma obra, Derecho penal del enemigo: un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, p. 93-116. De igual sorte, importa a leitura de JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

⁴⁴ Por isso, razão assiste a GONZÁLEZ, quando afirma que o conceito de Direito Penal do inimigo, criado por Jakobs, se vincula diretamente ao fim que ele atribui à pena. Assim, a distinção entre Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão gira em torno da diferença entre o estabelecimento da vigência da norma (fim essencial da pena na formulação de Jakobs) e a eliminação de perigos futuros (campo dedicado ao Direito Penal do inimigo). Dessa forma, o Direito Penal do cidadão teria como fim manter a vigência da norma, enquanto que o Direito Penal do inimigo se dirige ao combate de perigos. E, ainda, conforme González, unido a isso é que Jakobs realiza a distinção entre a pessoa (titular de direitos e deveres, capaz de estabelecer regular comunicação na sociedade) e inimigo (indivíduo que representa uma simples fonte de perigo e contra o qual deve defender-se). Por fim, arremata o autor, notando que somente a pessoa (o fiel do Direito) deve ser tratada no âmbito do Direito. Já, com relação ao inimigo, o fim da pena muda radicalmente, uma vez que não se trata de restabelecer a vigência da lei, mas, sim, de tirar de circulação (inocuar) o inimigo. Consultar GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. El derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades?) del concepto y su justificación. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 321-338.

função comunicativa, passando a ser um simples instrumento para legitimar as expectativas cognitivas dos demais cidadãos no sentido de que os inimigos não cometeriam crimes no futuro⁴⁵.

Importa destacar que Jakobs advertiu, quando apresentou sua proposição, que parte de uma atividade descritiva^{46 47}, e, não, normativa do ordenamento jurídico real (o atualmente vivenciado e aplicado pela sociedade), que, em muitas hipóteses, frente a alguns delitos excepciona garantias constitucionais⁴⁸. Seu desiderato seria o de evitar a contaminação do Direito Penal do cidadão pela excepcionalidade⁴⁹. Nesse sentido, Jakobs afirma que Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão “difícilmente serão trasladados à realidade de modo puro, pois não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever

⁴⁵ MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 1010-1011.

⁴⁶ Sua ponderação é a de que parte de uma descrição do ordenamento jurídico-penal como ele é apreendido na atualidade e que, no seu entender, apresenta características de Direito Penal do inimigo, e, não, como ele deveria ser. Entretanto, parece que Jakobs desconsidera a função social da dogmática jurídica, bem como a sua influência na aplicação do Direito, na medida em que sua teoria pode ser utilizada como um dever-ser do Direito.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del inimigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 95. Nesse sentido, argumenta Jakobs: “Intentaré argumentar aquí como parte del sistema de la ciencia, no del sistema jurídico. En consecuencia, no es mi propósito convertir algien artificialmente em enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá em el futuro esse papel. No se trata de crear normas, mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro”.

⁴⁸ Análise crítica da proposta descritiva de Jakobs é dada por NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 391-409.

⁴⁹ O que parece não corresponder à realidade, como adverte PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmoderista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 213-215.

dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”⁵⁰.

Cumprе аcentuar que а perspectiva funcionalista do Direito de Jakobs adotou os fundamentos da teoria sistêmica funcionalista de Luhmann⁵¹ para estabelecer que o Direito é um subsistema da sociedade (ou um sistema parcial), que possui a função de garantir a vigência das expectativas normativas da sociedade em face de uma possível defraudação, estando orientado a garantir a identidade normativa da sociedade⁵². Logo, o Direito, defendendo a vigência das normas, confirma a identidade social, visto que a sociedade moderna é constituída pelo Direito e seu sistema de regras. Em definitivo, para Jakobs, a função da dor penal é o restabelecimento da vigência da norma, e, não, a defesa de bens jurídicos⁵³. Também, importa referir que a comunicação assume contorno fundamental, muito especialmente no que diz com o fim da pena. E não poderia ser diferente, pois, no funcionalismo luhmanniano, o sistema social é composto de comunicações. Disso decorre o motivo de Jakobs assumir que a função do Direito Penal é restabelecer, no plano da comunicação, a vigência da norma perturbada com a prática do delito⁵⁴. Dessa maneira, para ele, a

⁵⁰ Ver JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

⁵¹ A alegação é do próprio Jakobs, que afirma que sua teoria acerca da função da pena (vigência da norma, sob o signo da prevenção geral) parte de fundamentos sistêmicos de Niklas Luhmann. Entretanto, conforme Aponte, trata-se de tema polêmico, uma vez que Luhmann teria afirmado seu desconhecimento e indiferença com relação à proposta teórica de Jakobs. Assim, seguindo os ensinamentos de Aponte, pode-se referir que há um certo ceticismo entre os conhecedores de Luhmann não só quanto à fidelidade, mas também acerca dos conteúdos e alcances da interpretação que Jakobs faz de Luhmann. Ver APONTE, Alejandro. *Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 163-204.

⁵² JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 01.

⁵³ JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURHARDT, Björn (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 56.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 05.

constituição da sociedade, inclusive de pessoas e sujeitos, dá-se por meio de normas, o que ocorre num contexto de comunicação, sendo a identidade social determinada por *regras de configuração* ou normas⁵⁵. Nesse estado, o delito é um ataque ao corpo social e às normas que o integram, consistindo em uma comunicação distorcida. A coação, nesse contexto, é a resposta ao fato, ou seja, “a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade”⁵⁶.

O fim do Estado de Direito, no pensamento jakobsiano, é manter a vigência real e efetiva do ordenamento jurídico, uma vez que somente a vigência do Direito torna possível a liberdade. E, para que ocorra a vigência real do ordenamento jurídico, é indispensável um apoio cognitivo da norma⁵⁷, reputado como fundamental para uma vida social, mais importante que a própria prestação do Estado^{58 59}.

De relevo, ressaltar que o Direito Penal do inimigo de Jakobs foi incorporado à concepção de política criminal dividida em

⁵⁵ Ibid., p. 10-11.

⁵⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del inimigo: nociones e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

⁵⁷ JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en derecho. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 80-81.

⁵⁸ Ibid., p. 81.

⁵⁹ Ver, nesse sentido, as observações de GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 984-985. No pensamento de Gómes-Jara Díez, “en efecto, el principio científico que, según Jakobs, rige esta materia, es que todo ordenamiento normativo precisa de un aseguramiento cognitivo para poder existir realmente. Ahora bien, la pregunta que inmediatamente se plantea es donde radica esa suerte de apoyo cognitivo. En la explicación jakobsiana, dicho apoyo lo prestán, más aún: los deben prestar los individuos. Es decir, sólo en la medida en que los individuos prestan un apoyo cognitivo a la vigencia de construcciones normativas es que éstas existen en la realidad; sino no lo hacen, dichos constructos desaparecen. [...] Es decir, ¿Que pasaría si ciertos individuos infringieran continuamente el ordenamiento jurídico no reconociendo su existencia? Sencillamente, responde Jakobs, que éste sucumbiría”.

velocidades de Silva Sánchez⁶⁰. Com efeito, entende Silva Sánchez que o Direito Penal, nas sociedades pós-industriais, que convivem com o fenômeno da expansão do controle penal, deveria ser dividido em velocidades. Uma primeira velocidade é representada pelo Direito Penal do cárcere ou das penas privativas de liberdade, que atenderia à criminalidade clássica (homicídio, roubo, lesões corporais), que deveria obedecer aos princípios constitucionais e às regras de imputação (máximo de garantias penais e constitucionais). Já, a segunda velocidade cuidaria da criminalidade moderna ou da criminalidade do risco (crimes econômicos, políticos, ambientais, crimes transnacionais, dentre outros), que demandaria, para efetivo combate, a flexibilização das garantias constitucionais e regras de imputação. Todavia, em tal velocidade, não se aplicariam penas privativas de liberdade, senão privação de direitos e penas pecuniárias. Por fim, na terceira velocidade, o Direito Penal do cárcere concorre com uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais; velocidade esta que, segundo Silva Sánchez, já existe e é aplicada no ordenamento jurídico, especialmente no Direito Penal sócioeconômico. No entanto, refere que o âmbito da terceira velocidade deve permanecer limitado a espaços excepcionais, mas de forma inevitável. Aduziu que sua formulação guarda estreita relação com a teoria de Jakobs, compartilhando o entendimento de que a única maneira de se combater aquele que abandonou, de forma duradoura, o Direito, seriam as medidas de segurança e não as penas. No âmbito da excepcionalidade, encontrar-se-iam, na lente de Silva Sánchez, a criminalidade de Estado, crimes de terrorismo, crimes econômicos, delitos estes, em que há uma dificuldade adicional na prova, podendo-se incrementar a pena de

⁶⁰ Consultar SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 183-188.

prisão e relativizar as garantias constitucionais, instrumentos de abordagem de fatos emergenciais⁶¹.

Em suma, Silva Sánchez, na trilha de Jakobs, constata a existência fática e real de um Direito excepcional, cuja legitimidade é assentada, todavia, na absoluta necessidade e subsidiariedade, que consiste em uma pura reação frente a sujeitos excluídos e despersonalizados, responsáveis por fatos graves, com o devido cuidado para não contaminar o Direito Penal da *normalidade*, *enfim um mal menor*⁶².

2.2 A Despersonalização dos Inimigos: os não pessoas submetidos a heteroadministração do poder estatal

A construção do chamado Direito Penal do inimigo pretende retirar da categoria de cidadãos (ou pessoas) determinados sujeitos, que devem ser controlados como meras fontes de perigo, ou seja, como animais selvagens, propugnando que tais seres humanos devam ser tratados como não pessoas⁶³. Essa categoria é catalogada como sujeitos perigosos, submetidos a uma exclusão radical, perdendo seu *status jurídico*: sujeitos despersonalizados. Em face de um indivíduo perigoso não se aplica a pena, senão medida de segurança, na medida em que a *voz do Direito* terá resposta diversa⁶⁴. Nesse particular, Jakobs informa que se denomina Direito o vínculo entre pessoas que são titulares de

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 186-187.

⁶² *Ibid.*, p. 187-188.

⁶³ O conceito de não pessoa é dado por DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no-personas*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Coord.) *Identidades comunitárias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144. Na lição de Dal Lago, não pessoas corresponde àquelas categorias submetidas a estratégias de desumanização, de fato ou de Direito, perdendo a qualificação de pessoa, sendo submetidas a campos de concentração, à tortura, ao extermínio organizado.

⁶⁴ NEUMAN, Ulfried. *Derecho penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 391-409.

direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação mais intensa, que é a do Direito Penal”⁶⁵. A condição para o sujeito estar vinculado ao Direito do Estado é dada pela fidelidade ao ordenamento jurídico, ou seja, pelo acatamento de seus deveres enquanto pessoa social. Portanto, o conceito de pessoa, para Jakobs, não é originário; ao contrário, é normativo, restando conferido àquele que fornece a expectativa de um comportamento em conformidade ao Direito⁶⁶. Se o cidadão não fornece segurança cognitiva de que pautará, duradouramente, sua conduta atendendo às expectativas normativas, converte-se numa fonte de perigo, sendo regrada como um problema de segurança do Estado policial. Com isso, a pessoa perde a condição de *autoadministração* de sua vida, base do pacto social que garante a liberdade⁶⁷, uma vez que o defraudador das expectativas normativas é tratado como fonte de perigo⁶⁸.

Dessa forma, Jakobs faz uma releitura da proposição segundo a qual, em um Estado Democrático de Direito, todo ser humano deve ser tratado como pessoa, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, na correta observação de

⁶⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25.

⁶⁶ JAKOBS, Günther. *La penal estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 168. Segundo Jakobs, para ser considerado pessoa, não basta o cidadão postular ser destinatário de deveres e direitos, revelando-se, sumamente, necessário que se oriente como pessoa em Direito. Nas suas palavras, “quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello [...] por consiguiente se trata del aseguramiento de una fuente de peligro, como em relación com un animal salvaje, pero no del trato com uma persona”. Ibid., p. 168-169.

⁶⁷ JAKOBS, Günther. Terroristas como personas em derecho? Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 82.

⁶⁸ Ibid., p. 82.

Neumann⁶⁹, que se vale do modelo de Jakobsiano, para o qual a pessoa é o ser humano em seu contexto social. Assim, na constituição da pessoa, seus direitos entram em consideração num segundo plano, na medida em que a pessoa necessita deles para poder cumprir seus deveres⁷⁰. Dessarte, *pessoa real* é aquela cujo comportamento observa as normas, o obediente, não havendo que se falar em personalidade inata⁷¹. Em síntese, *verdadeira pessoa* é aquela cujo comportamento resulta obediente aos mandamentos legais. Carece o infrator, portanto, de uma personalidade inata e material, que é adquirida com a fidelidade ao Direito e com a imputabilidade de comportamento^{72 73}, ainda que com certa falibilidade. Já, aquele que não oferece um mínimo de segurança

⁶⁹ NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 404-405.

⁷⁰ Ibid., p. 405.

⁷¹ Ibid., p. 405-406. Na observação de Neumann, isso corresponde ao fato de que o conceito de dignidade da pessoa humana não aparece na concepção jurídico-filosófica de Jakobs, assim como há carência de um conceito de consenso, discurso e intersubjetividade, pois a condição de pessoa depende de prestações e na quase absoluta falta de juridicidade àquele que não cumpre tais prestações.

⁷² NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 406.

⁷³ O conceito de pessoa é uma criação social e que somente ocorre no momento em que existe uma expectativa de um comportamento pessoal determinado por direitos e deveres. Se não há tal expectativa, a construção jurídica da pessoa decai e o sujeito converte-se em um mero postulado, um indivíduo interpretado cognitivamente, ou seja, um indivíduo perigoso. Como pontua García Amado, há um paralelismo possivelmente injustificado entre o que é propriedade da norma ou instituições do sistema e o que é característica dos sujeitos do sistema. Com efeito, segundo García Amado, “se está comparando la ineficacia normativa con la desobediencia subjetiva, el desuso de las normas con lo apropiado de las categorías mediante las que se califica a los sujetos; se está asimilando la pérdida de juridicidad de una norma que no se cumple si se aplica con la pérdida de 'personalidad' de un sujeto que no se atiene a una norma, aunque ésta sea eficaz. Vale semejante equiparación entre propiedades de la norma y propiedades de las 'personas' [...]. Es decir, no es el Derecho el que hace del individuo persona, sino que persona sería solamente el individuo básicamente obediente. La persona sería la suma de dos elementos: uno normativo, consistente en ser centro de imputación de obligaciones por parte del sistema jurídico, y otro empírico-subjetivo, cual es una determinada actitud frente a tales obligaciones jurídicas imputadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El Obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 02, 2000.

cognitiva será *heteroadministrado* como hostil⁷⁴, despersonalizado⁷⁵, convertendo-se em mera fonte de risco e perigo⁷⁶.

Para legitimar sua proposição, Jakobs socorre-se, como já delineado, dos filósofos contratualistas⁷⁷, como Rousseau, Kant e Hobbes, sinalando que a sociedade incorporou, em outros momentos, a terminologia da *personalidade real, sujeito sem direitos*, motivo pelo qual sua teoria não poderia ser rechaçada de pronto⁷⁸ 79. No seu desiderato, Jakobs aproxima-se mais de Hobbes⁸⁰ e Kant⁸¹, dizendo que eles trataram do Direito Penal do

⁷⁴ Conforme JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 169-173, quando um delinquente é submetido à medida de segurança ou a um direito de prevenção, que, normalmente, ocorre quando se pretende lutar contra a criminalidade econômica, terrorismo, tráfico ilegal de drogas, criminalidade organizada, crimes sexuais, pode-se observar que esse criminoso se afastou, de forma permanente e com certa seriedade, do Direito, não prestando uma garantia cognitiva mínima, que é indispensável para ser tratado como pessoa. A pessoa converte-se em um indivíduo perigoso, que deve ser “despersonalizado juridicamente”. Nesse passo, Jakobs refere que a despersonalização não é total, mas, sim, “pontual”, exclusivamente no que se refere ao possível uso defeituoso de sua liberdade, uma vez que “es decir, que no le despersonaliza globalmente, sino sólo aquellos derechos cuya privación es necesaria para mantener la realidad del Derecho [...] Si bien el trato con el enemigo es guerra, se trata de una guerra estrechamente delimitada. Si el enemigo incrementa su peligrosidad, sin embargo, también aumentará sua despersonalización; los prisioneros de Guantánamo son un ejemplo de límites de esta guerra”. Ibid., p. 176. Nesse aspecto, não se pode deixar de considerar que, na hipótese da prisão de Guantánamo, a despersonalização é total, uma vez que os prisioneiros são submetidos à tortura e convivem numa zona do não Direito.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 83.

⁷⁶ Como bem informa CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 329, “La función de esa nueva especie de Derecho penal defendida por el penalista germánico es la eliminación del peligro, confirmando la tendencia expansionista del Derecho penal que, preocupa a muchos estudiosos como en otra parte hemos abordado”.

⁷⁷ Ver MARTÍN, Luis Gracia. *Horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94-129.

⁷⁸ Ver, JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 47-59.

⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25-30.

⁸⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 265-266. Nas palavras de Hobbes, “os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como punições. Como esse inimigo ou nunca esteve

cidadão, que seria aplicado, em princípio, contra pessoas que não delinquem de modo persistente, bem como um Direito Penal do inimigo, aplicado contra quem se desvia desse princípio. Efetivamente, no pensamento de Jakobs, “certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidentem persistentemente no cometimento de delitos. Afinal de contas, a custódia da segurança é uma instituição jurídica”⁸².

Por conseguinte, na sua teoria, a segurança é uma instituição jurídica, um direito dos cidadãos, que podem exigir do Estado que lhes preste a devida proteção contra infratores, objetivo do pacto social⁸³. Por isso, vaticina Jakobs que “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos; o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. Em síntese, a condição de pessoa se dá no *teste de pureza* de fidelidade ao Direito. O defraudador das expectativas do grupo (não obediente) deve ser combatido em um

sujeito à lei, e, portanto não a pode transgredir, ou esteve sujeito a ela e professa não mais estar, negando em consequência que possa transgredir, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade [...] Disso se segue que, se por atos e palavras, sabida e deliberadamente um súdito negar autoridade do representante da república (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender [...] Porque as punições estabelecidas pela lei são para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo tornado súditos pelos seus próprios atos, deliberadamente se revoltaram e negaram o soberano”.

⁸¹ Segundo KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 73, o contrato que une os homens na sociedade é uma “constituição civil”, no qual se institui que a comunidade, “é o direito dos homens sob as leis públicas”. A relação entre os homens livres passa a ser regulada pelo Direito, que representa uma limitação da liberdade. E dito “Estado civil” é fundamental para que o homem saia do estado de natureza (Estado sem lei). O Estado civil, portanto, será considerado uma situação jurídica, que se funda nos princípios da igualdade e liberdade, bem como da independência de cada membro da comunidade como cidadão. Conforme Kant, “todo o Direito consiste apenas na limitação da liberdade de outrem com a condição de que ela possa coexistir com a minha segundo uma lei universal, e uma vez que o direito público (numa comunidade) é o estado de uma legislação efetiva [...] Desta igualdade também não pode sair nenhum homem, que vive num estado jurídico de uma comunidade, a não ser em virtude do seu próprio crime, mas nunca mediante contrato ou por violência de guerra.” Ibid., p. 77-78.

⁸² JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

⁸³ Ibid., p. 29. Aqui, Jakobs faz referência à teoria de Hobbes, quando este assevera que o fundamento e o limite do Estado, como corolário da obediência, é o dever de proteção.

outro *campo*, no qual não operam os princípios e as regras do Direito Penal das pessoas, que sequer podem ser invocados, pois se trata de um combate^{84 85} para erradicar fontes de perigo^{86 87} (situação ajurídica⁸⁸).

⁸⁴ Juan Carlos García Amado, informa que a teoria de Jakobs segue a seguinte sequência: a) todo Direito para ser tal, tem de ser eficaz; b) a condição de pessoa é determinada pelo Direito, ou seja, é uma construção ou produto jurídico-normativo; c) se um sujeito sai do sistema de regras (não é obediente e veja-se que, para Jakobs, as obrigações vêm antes que os direitos), abandonando a sociedade das pessoas, converte-se em mero indivíduo, um inimigo; d) dessa maneira, o Direito que fazia esse sujeito uma pessoa perdeu sua eficácia; portanto, é a ineficácia da norma, com a inevitável seqüela de 'ineficácia' da personalidade, que determina a perda da condição de pessoas e sua conversão em mero indivíduo, em inimigo. Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 04, 2000.

Importa notar aqui as pertinentes observações de García Amado, do grave vício conceitual e do grave prejuízo autoritário da proposta jakobsiana, pois se equipara à ineficácia da norma com a perda da personalidade do sujeito. Ora, o que faz ineficaz uma norma é seu incumprimento massivo, ou que as instituições, massivamente, sejam incapazes de impor a norma. Nesse passo, García Amado refere que as normas penais não perdem eficácia quando o sujeito pratica um delito; ao contrário, é nesse momento que se realizam. *Ibid.*, p. 04-05.

⁸⁵ Conforme CANCIO MELIÁ, Manuel; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 62 e seguintes. Para Cancio Meliá e Sánchez, a essência do Direito Penal do inimigo está no fato de se constituir em uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos perigosos, isto é, contra aqueles que se afastam, de modo persistente, das normas e, por isso, são despersonalizados pelo ordenamento jurídico e tratados como inimigos.

⁸⁶ MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis rado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 132.

⁸⁷ JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Börn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 59. aqui, Jakobs reafirma seu pensamento, expressando: "Quien quiera ser tratado como persona, deve dar también una certa garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso é denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente a un enemigo. Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial. [...]. El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos". *Ibid.*, p. 58-59.

⁸⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, 2000.

2.3 Uma síntese provisória: O Direito Penal do inimigo jakobsiano descansa no plano meramente descritivo? A sua proposição é legítima?

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que a essência do conceito do Direito Penal do inimigo se centra em uma legislação(?) que combate indivíduos catalogados como perigosos, caracterizando-se pela retirada das garantias penais e processuais, no afã de gerir e controlar fontes de perigo⁸⁹. Assim, de tal proposta sobressaem algumas interrogações relevantes para o rumo da política criminal estatal: a) sua proposta é meramente descritiva? b) trata-se de uma formulação legítima? De início, pode-se assumir que a postura de Jakobs é *ambígua*, porque, de seus escritos, não há clareza quanto a seus intentos: descrever ou sustentar? Não obstante, possui singular mérito, possibilitando que a cultura jurídica contemporânea preste contas de sua convivência *fraternal* com a excepcionalidade penal. Nesse particular, Jakobs descreve o ponto de chegada ou traços básicos dos ordenamentos penais do *mundo ocidental*, os quais experimentaram mudança drástica a partir do atentado de 11.09.2001, fundindo, no projeto, a excepcionalidade e a sociologia do risco. Dessa forma, é fato irreversível que os tentáculos do Direito Penal do inimigo se propagaram no Direito Penal clássico, revisando-o na sua vocação de proteger bens jurídicos personalíssimos contra ataque reais. Dita afirmação encontra eco na *Lei de Abate*, que aceita, em determinadas condições, que se possa derrubar/bombardear aeronave de transporte de passageiros para evitar ataque terrorista; na *tortura necessária* (muito utilizada no *combate ao crime de terrorismo*); nas zonas de imigração dos aeroportos (e penalização do imigrante clandestino, catalogado como inimigo das atuais democracias mundiais); nos espaços conferidos para um

⁸⁹ A afirmação é de MELIÁ CANCIO, Manuel. De nuevo. derecho penal del enemigo? In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 361.

direito constitucional de exceção em matéria penal e processual (caso das prisões cautelares⁹⁰). Efetivamente, as legislações atuais, há tempo, recepcionaram as proposições do Direito Penal do inimigo, conferindo especial destaque aos crimes de perigo abstrato (veja-se o caso do tráfico de drogas, que estabelece penas pesadas -mínimo de cinco anos-, bem como o crime organizado, que é apenado com pena de três a dez anos⁹¹). Não é por outro motivo que a visão *moderna* do processo penal mudou para um *instrumento de luta* contra a criminalidade (entenda-se: retirada das garantias constitucionais), no lugar de buscar a verdade processual sobre fato consumado^{92 93}.

No limite, parece que o fenômeno da excepcionalidade penal, absorvido no Direito Penal e processual, não pode ser mais ignorado. A sinceridade de Jakobs, portanto, não deve chocar a sensibilidade do jurista, pois, como já notado, é verificável em diversas legislações. Nesse sentido, atente-se para a proposta do legislador brasileiro para tipificar o crime de terrorismo, partindo de termos vagos e genéricos, estabelecendo penas entre quinze a trinta anos

⁹⁰ Consultar DONINI, Massimo. El derecho penal frente al enemigo. In. CANCIO MELLÁ, Manuel; GOMEZ-JARA Díez, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. p. 603-684.

⁹¹ Vide PL 6578/2009, transformado em Lei ordinária n. 12850/2013.

⁹² DONINI, op. cit., p. 681-685.

⁹³ Em terra brasileira, atente-se para o crime de tráfico de drogas, que, numa alteração de nomenclatura legal, alterou a pena mínima de três para cinco anos, sem justificativa de índole político-criminal. O mesmo ocorre com o crime de estupro de vulnerável, capitulado no art. 217A, CP (a pena mínima passou de seis para oito anos). De igual sentido, a *extorsão relâmpago*, tipificada no artigo 158, par. 3, CP, estabelecendo uma pena de seis a doze anos, a mesma para o homicídio simples. Veja-se a lei de combate ao crime de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98, art. 2, par. 2.), que possibilita o julgamento à revelia do acusado, contrariando o princípio da ampla defesa e contraditório. Por fim, a proposta legislativa de catalogar os crimes funcionais praticados contra a administração pública como hediondos (ambiente do simbolismo/populismo punitivo), bem como para punir o crime de terrorismo, estabelecendo penas (marcadamente punitivista e simbólica). Consultar LYRA, José Francisco Dias da Costa; HOMMERDING, Adalberto Narciso. A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 110, p. 299-328, set./out. 2014. Por outro lado, no cenário global, a questão é exemplificada na criminalização dos processos de imigração. Ver LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração, criminalização e sistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 35-74.

de prisão, beirando à irracionalidade penal⁹⁴. Ressalte-se a presença, em tais leis, dos caracteres do Direito Penal do inimigo - *simbolismo* e *punitivismo*- (Cancio Meliá); este, o *punitivismo*, pelos constantes aumentos de pena levados a cabo pelo legislador nos crimes tradicionais (homicídio, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes sexuais), buscando a *demonização* do criminoso; aquele, o *simbolismo*, pela demonstração de um legislador *decidido* no combate à criminalidade, embora não seja essa função imediata da lei, já que a pena não se interioriza no discurso criminal das autoridades policiais, juízes, promotores de justiça, enfim, dos agentes políticos envolvidos com a cena criminal. Nessa mesma trilha, a penada legislativa brasileira para catalogar os crimes funcionais em hediondos, esquecendo-se que o problema da ineficácia da lei penal descansa na histórica e cultural impunidade, que grassa nos crimes de *colarinho branco*. Entretanto, o legislador optou pela instrumentalização do Direito Penal, reforçando a função *latente*, com o desiderato de transmitir à sociedade uma falsa sensação de segurança⁹⁵.

Dito isso, em resposta à primeira indagação, superada a questão da ambiguidade e atualidade da formulação jakobsiana, entende-se que não se trata de uma atividade descritiva, senão *afirmações normativas*!⁹⁶ Com efeito, nas suas últimas aportações acerca do Direito Penal do cidadão e do Direito Penal do inimigo, há uma explícita manifestação de que não se trata apenas do *ser*, mas, sim, do *dever ser* do controle penal, conferindo-lhe uma valoração de forma positiva, especialmente para *combater* terroristas. Aqui, revela-se problemático o fato de que não está

⁹⁴ Consultar o Projeto de Lei do Senado n. 499, de 2013, artigos 2 e 3.

⁹⁵ Ver CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006, especialmente p. 343-356.

⁹⁶ Na lição de HÖRLE, Tatiana. Derecho penal del enemigo como exigência normativa. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006.

claro quem deve ser destinatário das medidas excepcionais (quem é o inimigo), pois Jakobs não o define, fazendo referências à criminalidade econômica, ao crime organizado (tráfico de drogas, terrorismo), criminoso sexual e habitual, podendo abarcar, inclusive, posicionamentos ideológicos do autor (simpatizante de organização terrorista, para citar um exemplo). Cuida-se de um etiquetamento vago e totalitário, que não encontra limites na *obrigação* que impõe aos indivíduos de *entrarem em um estado de cidadania* (o obediente em Direito), já que os critérios são amplíssimos, impossibilitando uma delimitação do alcance das medidas asseguratórias⁹⁷. No limite, superou-se o paradigma descritivo por uma orientação normativa ou de política criminal⁹⁸, na observação de Zaffaroni⁹⁹, que anota que a proposta de Jakobs, salvo por sua sinceridade e precisão, traz à discussão uma velha ideia repressiva que remonta aos gregos, asseverando que, na etapa atual da ditadura tecnológica global, o poder planetário fabrica inimigos em série, conferindo cobertura à expansão/contaminação do Direito Penal tradicional pelo Direito

⁹⁷ Conforme HÖRLE, Tatiana. Derecho penal del enemigo como exigência normativa. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. p. 69.

⁹⁸ Veja-se, nesse particular, as oportunas observações de CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70, quando observa que o centro de gravidade do Direito Penal do inimigo se encontra no novo Direito antiterrorista, como uma reação de combate do ordenamento jurídico “contra indivíduos perigosos que nada significam”. Ver, também, do mesmo autor, *Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista em el código penal Español*. RIEZU, Antonio Cuerdo; GARCÍA, Francisco Jiménez (Org.). *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 73-98.

Veja-se, nesse sentido, CALLEGARI, André Luís. *A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008*. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 239-252. No artigo, Callegari afirma que os legisladores, paulatinamente, vão consolidando um Direito Penal do inimigo, citando, como exemplo, a lei do crime organizado. Ver p. 247-248.

⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugênio. La legitimación del control penal de los extraños. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 118-119.

de exceção. E, no dramático, não há precisão terminológica na definição do inimigo¹⁰⁰ que se ajuste a uma variedade de crimes (a cartéis de droga¹⁰¹, à criminalização referente à imigração, à criminalidade organizada e ao terrorismo), possibilitando que se estabeleça uma *cruzada contra o mal*, identificando o outro como inimigo, atribuindo-lhe, de forma injustificada, uma maldade e perversidade.

Por último, enfrentando-se a segunda interrogação acerca da legitimidade da proposta, a resposta que se impõe é negativa. Trata-se de uma *contradição em termos* (Cancio Meliá), já que, da violação da dignidade da pessoa humana e descumprimento da teoria dos Direitos Humanos de 1948 (que, categoricamente, dispõe que todo ser humano é pessoa), salta aos olhos a ilegitimidade da formulação. Cuida-se de formulação violadora do Estado de Direito, visto que nega a condição de pessoa a todos os indivíduos; verdadeiro retrocesso e violação ao princípio da personalidade humana, consagrado em tratados e convenções internacionais. Nesse sentido, caminha a doutrina de Cancio Meliá, que agrega que a pretensão é politicamente errônea (por inconstitucional) e, de outro lado, viola o princípio da culpabilidade pelo fato, fazendo renascer o combalido *Direito Penal do autor*. E, no que é pior, ainda na visão de Cancio Meliá, os fenômenos para os quais se dirige o ramo do Direito Penal do inimigo não têm essa especial periculosidade que se apregoa; ao contrário, trata-se de delitos normais, que não possuem força para pôr em xeque a constituição da sociedade.

¹⁰⁰ Nas palavras de MÜSSING, Bernd, há uma carência material do conceito de Direito Penal do inimigo, que tem consequências jurídico-processuais, pois, em princípio, qualquer delito pode ser o de um inimigo. De outra banda, a desformalização ínsita da concepção do Direito Penal do inimigo conduz, consequentemente, à ausência de proteção jurídico-processual quando ocorre qualquer suspeita. Conferir, *Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 389.

¹⁰¹ Ver CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 77-89.

Dessa forma, com Müssing, pode-se referir que o Direito Penal do inimigo é conceito e símbolo de uma época; como conceito, significa a retirada das posições jurídicas (cidadãs) de fundamentação universal, que, em tempos de globalização econômica, alcança as cidadelas de riqueza, fomentando atentados terroristas e ondas migratórias impressionantes. Também é símbolo de um Direito Penal do cidadão em crise, desformalizado e instrumentalizado em prol de medidas simbólicas de disciplina¹⁰².

Enfim, em um contexto que em há uma indistinção entre o Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo pelo contágio da excepcionalidade e da emergência, a tarefa da dogmática jurídica não pode mais se resumir à mera constatação da presença de nítidos contornos do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico-penal. Pede, conforme Muñoz Conde, análise crítica de sua compatibilidade com os princípios do Estado de Direito, os direitos fundamentais, consagrados na Constituição e nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos, não podendo ficar limitada a ser uma *mensageira de más notícias*¹⁰³. Revela-se fundamental controlá-la, sob pena de, como assevera Piña Rochefort, a exceção, silenciosamente, reconfigurar o sistema penal, mediante alteração de suas estruturas que ele utiliza em suas operações¹⁰⁴, excluindo-

¹⁰² MÜSSING, Bernd. Derecho Penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. v. 2, p. 371-390. Para Müssing, as objeções lançadas contra o Direito Penal do inimigo, dificilmente, explicam a indignação com relação ao conceito, suspeitando ele de má consciência, uma vez que, como “conceito crítico”, o Direito Penal do inimigo designa estruturas do Direito Penal e processual vigentes, que já não são compatíveis com uma *praxis* jurídica de liberdade pessoal. De outro lado, o conceito afirmativo identifica um “mundo de sombras do Direito”: o estado de exceção. Ver *Ibid.*, p. 390.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. v. 2, p. 369.

¹⁰⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la persona. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. v. 2, p. 588.

se o coletivo de pessoas do âmbito de proteção do Estado de Direito¹⁰⁵.

Por fim, acrescente-se que o crime é parte do conflito, do qual o Direito e a pena são seus elementos, como ensina o modelo criminológico do conflito. Logo, a busca da origem das causas da criminalidade não mais podem ser encontradas no suposto contrato social hipotético, pensamento superado pela criminologia crítica, que estima que o crime é fato social, não representando, de forma alguma, ruptura do pacto social. Logo, a validade de um ordenamento jurídico não pode derivar da sua eficácia e da obediência, senão do acatamento dos direitos fundamentais, visão da justiça penal, que tem o ser humano como medida.

2.4 Uma Segunda Análise Crítica: a Teoria dos Sistemas e o Sistema Teleológico-Funcional de Jakobs, ou A (Des)Funcionalidade da Formulação do Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal, seguindo orientação funcionalista-sistêmica, como subsistema da sociedade, possui a função de manter as expectativas normativas essenciais à constituição da sociedade. Assim, na presente abordagem, cumpre que se analise a função da norma em termos sistêmicos¹⁰⁶ e suas relações com o Direito Penal, com destaque ao fim que se atribui à pena. Nesse aspecto, destaca-se que, na atualidade, tem-se atribuído à pena,

¹⁰⁵ Ibid., p. 589.

¹⁰⁶ Desde uma perspectiva sistêmica, as normas, entendidas como expectativas normativas ou contrafáticas, configuram a identidade e estrutura da ordem social. O delito representa, assim, uma defraudação das expectativas normativas (e, não, lesão a bens jurídicos). A pena, por conseguinte, tem o significado de manter ditas expectativas, isto é, a vigência da norma. Dessarte, “la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa”. Conforme FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 456-457.

primordialmente, a função de prevenção geral¹⁰⁷, caindo, para um segundo plano, a ideia de prevenção especial e de seu caráter puro de retribuição. Nesse contexto, Jakobs¹⁰⁸ foi quem aproximou a culpabilidade e a prevenção geral. A pena, no seu desenho, assume conteúdo retributivo-funcional, já que orientada a garantir a identidade normativa da sociedade¹⁰⁹.

No modelo funcionalista jakobsiano, o delito e a pena devem ser cotejados no paradigma comunicativo. A pena é recebida como um processo de comunicação, mesmo plano do fato delituoso¹¹⁰. O

¹⁰⁷ A conclusão é de PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la Influencia del funcionismo y la teoría de sistemas em las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 289-294, 2000. Anota que o funcionalismo não é uma teoria da moda, senão que remonta à irrupção dos sistemas teleológicos, inspirados no neokantismo, ou seja, de uma orientação informada por fins sociais, opondo-se a ideias dogmáticas ontologistas de Welzel e seus seguidores, tendo como expoentes atuais Roxin e Jakobs. Para Peñaranda Ramos, a função do Direito Penal e da pena corresponde a função de contribuir para a manutenção ou para reprodução da ordem social. *Ibid.*, p. 291.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 294, a concepção de Jakobs é apresentada, geralmente, como o paradigma do que hoje se denomina funcionalismo no Direito Penal.

¹⁰⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em una teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 418. A proposta de GÓMEZ-JARA DÍEZ refere-se à construção de uma teoria construtivista do Direito Penal. Na sua abordagem, a pena assume contornos exclusivos de comunicação, pois não se tem acesso à psique interna do indivíduo, daí o porquê de se afirmar que a pena de cariz retributivo-funcional é pura comunicação social. Em outro momento, Gomez-Jara reafirma sua posição quando cuida da pena como uma dor, um mal, afirmando que a própria dor da pena (que é um mal) é uma construção normativa e que toma parte do conceito da pena na medida em que a dor e a sua comunicação sejam consideradas normativamente, e não a dor em si (física, que pode ou não ser levada em consideração pelo sujeito). Gómez-Jara Díez defende, nesse sentido, um construtivismo operativo, que entende que o Direito Penal não pode influir nas representações dos indivíduos, diversamente, de um construtivismo radical, que sustenta que o sistema penal possa influenciar e conduzir o ser humano, como parece ser a proposta de Jakobs. Nesse aspecto, Gómez-Jara Díez faz importante observação no sentido de que a adoção de um construtivismo radical pode levar a uma “heterocondução” externa, que se revela preocupante, mormente pela expansão do Direito Penal. Mais, anota que essa “autocondução” do sistema jurídico ao entorno está condenada ao fracasso e pode levar ao desaparecimento do próprio sistema. Ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: el dolor penal como constructo comunicativo? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, p. 16-19, 2008.

¹¹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? la teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La penal estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 23-24. Nas palavras dos autores, “la pena desde perspectiva concebida como instrumento para resolver las defraudaciones de expectativas que no pueden ser estabilizadas de otra manera; se trata de un tratamiento específico de defraudaciones que consiste em demostrar a costa del defraudante que se mantiene la expectativa

crime, sob tal ótica, é a negação da estrutura da sociedade; a pena, a confirmação da vigência da norma, com a marginalização do fato. A pena, como acentua Gómez-Jara Díez, assume uma sorte de retribuição (funcional) que tem o desiderato de quitar a perturbação social causada pela ofensa à vigência da norma¹¹¹. Em outros termos, a pena é um instrumento para resolver as defraudações das expectativas que não podem ser estabilizadas de outra maneira, na medida em que o delito perturba a ordem social e as expectativas normativas que constituem a sociedade¹¹².

de comportamiento. La sanción expresa que no es incorrecta la expectativa de la sociedad, sino la acción o comunicación del sancionado y resuelve comunicativamente el conflicto mediante imputación de los costes de resolución del mismo a un sujeto. Ahí reside su carácter simbólico [...] La perspectiva funcional que se acaba de esbozar perfila cómo la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos". Consultar JAKOBS, op. cit., p. 143 e seguintes, quando reafirma seu posicionamento no sentido de que o fim da pena não consiste no asseguramento de uma segurança completa (prevenção de delitos), mas, sim, na vigência do ordenamento jurídico. Dessarte, "por consiguiente, los destinatarios de la pena no son sólo -ni siquiera lo son em primera línea- el autor em cuestión y otros delinquentes que ya tienen tendencia de cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de éstas: devem conservar su fidelidad al Derecho y su confianza em la norma". A modo de sintetizar, a prevenção, em termos funcionalistas jakobsianos, diz com a manutenção da vigência da norma (num exercício de fidelidade ao Direito), concretamente e em respeito à sociedade em geral (prevenção geral).

¹¹¹ Ibid., p. 419.

¹¹² Ver FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 463. Nesse sentido, assinala Feijoo Sánchez que o importante não é o que, subjetivamente, manifesta o autor do delito, senão o que o delito significa, objetivamente, para a sociedade (que as coisas poderiam ter sido diferentes: contingência). No pensamento do autor, "las infracciones de normas que se van quedando sin castigo pone em marcha un proceso de aprendizaje que erosiona la seguridad em las expectativas o, em palabras de Jakobs, la configuración de la sociedad existente. Por el contrario, si la norma responde imponiendo uma pena se procesa socialmente la conducta defraudante como uma excepción que no afecta la regla. El delito es un ejemplo insoportable que desorienta la vida social". No mesmo sentido é o pensamento de MÜSSIG, Bernd, Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em derecho penal: puntos de partida para uma sistematización. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 202-203, quando sustenta que, para uma teoria institucional, a função do Direito Penal, como estrutura da sociedade, mediante a pena, enquanto reação formalizada ao comportamento desviado, é a manutenção da norma como expressão concreta de configuração da sociedade, pois "el significado normativo del comportamiento se marginaliza individualizándolo, atribuyéndolo a la responsabilidad individual em cuanto vulneración del Derecho".

Dessarte, a pena como retribuição funcional, na concepção jakobsiana¹¹³, tem a função de restabelecer a comunicação acerca da vigência da norma, querendo dizer que, não obstante o delito tenha negado sua vigência, ela continua em vigor, desautorizando a comunicação equivocada levada a cabo pelo autor do delito¹¹⁴. Em síntese, a pena é comunicação e cuida da comunicação, não se fixando nas consciências ou repercussões psíquicas, até porque a orientação pessoal não diz respeito a sua função. Do autor do delito só se exige o *rol* de cidadão livre, capaz de administrar sua própria

¹¹³ JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 177-196. Nesse passo, observa Jakobs que uma sociedade existe quando está vigente ao menos uma norma. E, por norma, deve “entenderse la expectativa de que una persona, en una situación determinada, se comportará de una manera determinada y, ciertamente, no como consecuencia del resultado de compensar la satisfacción con la insatisfacción, sino exclusivamente debido a su Ser-persona. Una norma sigue vigente incluso cuando se infringe - esto es, cuando, entendida como un imperativo, há fracasado- em tanto que la infracción se represente como tal em la comunicación entonces también la pena devem comprenderse como comportamientos comunicativos, de la misma manera que la vigencia de la norma surge comunicativamente y no mediante la fuerza bruta. La pena, está es la respuesta al hecho, el cual deve comprenderse como una protesta contra vigencia de la norma, esto es, una protesta contra la configuración de la sociedad”. Ibid., p. 179-180.

Em face de tais observações, é inegável que a teoria da pena de Jakobs é influenciada por aportações das ciências sociais, especialmente de Luhmann, abrindo novas perspectivas sobre a pena a modelos preventivo-simbólicos ou comunicativos. Nesse sentido, as observações de CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? la teoría funcional de la pena de Günther Jakobs: estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 17-25.

¹¹⁴ Conforme PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la Influencia del funcionismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 295, 2000. “Jakobs sostiene que el Derecho penal encontra su fundamento em su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad normativa de la sociedad) frente aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondient... el Derecho penal presta tal garantía a la sociedad”. No pensamento de Peñaranda Ramos, posteriormente, Jakobs esclareceu o elemento “fidelidade ao Direito”, que, no seu dizer, era discutido, reafirmando que a função da pena é garantir expectativas sociais fundamentais: prevenção geral positiva, uma vez que não é intimidatória. Todavia, posteriormente, a manutenção ou fortalecimento da fidelidade ao Direito não se apresenta como mero equivalente à prevenção geral positiva, nem como aspecto menos destacado, de intimidação geral ou especial, esperando, ou tendo esperança de que a pena produza consequências na psicologia social ou individual do sujeito. Ibid., p. 297.

cabeça, sendo que o sinalagma dessa concepção de liberdade é a obrigação de exercitar a fidelidade ao Direito¹¹⁵.

A partir dessa distinção dos fins da pena, pode-se afirmar que ela, conforme sua função, se dirige a destinatários distintos: “El efecto confirmatório va destinado a personas (*homo noumenon*), es decir, a participantes em la comunicación que son presentados como dispuestos a cumplir con el Derecho, y certamente a todos ellos”. [...] La función latente va dirigida a quien de por sí carece de disposición jurídica (*homo phaenomenon*) [...]”¹¹⁶. Nessa dicotomia *manifesta/latente*, Jakobs estabelece que, para o inimigo, contam, como *fins* da *pena*, os efeitos intimidatórios ou latentes (preventivos), dirigidos a quem não possui disposição jurídica ou fidelidade ao Direito.¹¹⁷

Importa notar que tal enfoque funcionalista do Direito Penal rompe com o racionalismo moderno, já que o indivíduo deixa de ser o centro. A preocupação atual é com o social, e, não mais, com o indivíduo. O Direito Penal deixa de estar a serviço de uma ordem materialmente justa de proteção de valores (bem jurídico), centrando-se na manutenção do social. No pensamento funcionalista, a sociedade é constitutiva do ser humano, é tudo de que o indivíduo depende para se realizar. O conflito coberto pela pena é o conflito existente entre o indivíduo e sua atitude individual e a sociedade. A penalidade, portanto, protege a existência da sociedade contra consequências dissolventes^{118 119}.

¹¹⁵ KINDHÄUSER, Urs. La fidelidade al derecho como categoria de la culpabilidad. Tradução de Percy García Caverro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 72, p. 11-52, maio/jun. 2008.

¹¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: el dolor penal como constructo comunicativo? *Indre: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, p. 420, 2008.

¹¹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: el dolor penal como constructo comunicativo? *Indre: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, p. 420, 2008.

¹¹⁸ Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Dogmática penal sistêmica? sobre la influencia de Luhmann em la teoría penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 234-235, 2000.

¹¹⁹ A pena seria uma resposta ao “quebramento da norma”, uma contradição de dito afrontamento, ou a afirmação de que, não obstante o infringido, a norma continua sendo a regra de

Para o funcionalismo, a função do Direito Penal corresponde à função de velar pela parte mais essencial e básica: a subsistência das normas que estruturam a base do social, como um exercício de autopreservação da sociedade, ainda que, mediatamente, intente preservar a identidade individual. O Direito se explica pela sua função social, e, não, como correlato necessário de convivência entre consciências individuais. Em definitivo, a missão do Direito Penal é confirmar a identidade da sociedade¹²⁰, ou estar a serviço da estabilização contrafática de expectativas normativas. Por isso, a função primordial do Direito Penal não consiste na defesa de bens jurídicos, senão em reafirmar a vigência da norma violada^{121 122}.

Em consequência, a oposição entre a pena e o delito não se dá na expressão de valores materiais de bens jurídicos, ou, menos ainda, na forma de conceber ou conduzir justo comportamento humano. A pena, como reação ao delito, não se explica por referência a princípio moral ou ético¹²³. Dito isso, pode-se afirmar

comportamento em que se pode seguir confiando. Ver PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas em las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 299, 2000.

¹²⁰ GARCÍA AMADO, op. cit., p. 235-236.

¹²¹ PEÑARANDA RAMOS, op. cit., p. 300, 2000, quando alude: “De todo ello deduce expresamente Jakobs uma desvinculación de la misión del Derecho penal respecto de la función de protección de bienes jurídicos que comúnmente se viene asignando: 'em correspondencia com la localización de quebramiento de la norma y pena em el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es mas bien la confirmación de la vigencia de la norma'”.

¹²² GARCÍA AMADO, op. cit., p. 240-241.

¹²³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Dogmática penal sistêmica? sobre la influencia de Luhmann em la teoría penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 242, 2000. Com tais observações, García Amado entende que a teoria da função do Direito Penal e da pena de Jakobs aproxima-se dos postulados luhmannianos, especialmente no que se refere à função do Direito Penal de estabilização contrafática das expectativas, até porque é sabido que, para Luhmann, o Direito não resolve conflitos, senão que os cria, o que, mesmo ocorrendo o que atine à função da pena de reafirmar a vigência da norma (entendimento de Luhmann), segundo ele, é adotado expressamente por Jakobs. Entretanto, quando Jakobs cuida do sujeito e da culpabilidade, García Amado entende que aparecem aporias de uma dogmática penal sistêmica. Com efeito, o problema reside no fato de que, para Luhmann, o homem não integra o sistema social, encontrando-se no meio envolvente. Daí por que Jakobs e seus seguidores não descrevem o mundo como ele realmente é, senão como deve ser (não sendo sua atividade meramente descritiva [...]). Nesse particular, informa García Amado: “Así, cuando al hablar de culpabilidad dice Jakobs que 'el autor de un hecho antijurídico tiene

que a teoria de Jakobs apresenta algumas aporias, afastando-se dos postulados do paradigma comunicacional sistêmico de Luhmann, quando aquele defende que a culpabilidade e a responsabilidade são imputadas ao agente, quando esse portar um déficit de motivação jurídica dominante^{124 125}, porque pretende moldar um comportamento individual. Nesse momento, por interferir na esfera pessoal do indivíduo em prol de determinado grupamento social, sua teoria tem, efetivamente, dificuldade para afrontar a crítica de conservadorismo, por estar apta a defender qualquer valor. Sob essa ótica, a crítica de García Amado é perturbadora, quando afirma que “el concepto de culpabilidad pierde su anclaje en ideas valorativas generales de la persona y su libertad y se convierte en un concepto puramente instrumental, con lo que la exigencia de culpabilidad se parece más a una instrumentalización de ciertos sujetos en aras del sistema que a una actitud de respecto a ciertos atributos propios del individuo¹²⁶”. Efetivamente, considerar, como critério de imputação de culpabilidade, a falta de motivação jurídica dominante resulta na instrumentalização do sujeito em prol da consecução de valores da sociedade.

E a desfuncionalidade da proposta de Jakobs, sob um olhar sistêmico, descansa no fato de que esquece que a pena e o delito são construções próprias do sistema penal¹²⁷, não havendo

culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad da cuando falta la disposición a motivarse conforme la norma correspondiente y este deficit no se pode se pode hacer entendible sin que que afete a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un deficit de motivación jurídica dominante, em un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad.

¹²⁴ Ibid., p. 253.

¹²⁵ É verdade que PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas em las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 305, 2000, alude que a função de pedagogia social foi abandonada por Jakobs. Ver p. 304 e 309.

¹²⁶ Ibid., p. 253.

¹²⁷ Conforme NAVARRO, Evaristo Prieto. Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 273, 2000, para quem a clausura operativa do Direito proíbe qualquer contato

comunicação direta entre o sistema jurídico e os indivíduos, estes, entornos dos subsistemas sociais. Por isso, razão assiste a Gómez-Jara Díez, quando assinala que a nova concepção de pena de Jakobs apresenta importantes problemas, dado que reintroduz elementos preventivos (função latente) como função primordial, e o que parece, desde a perspectiva individual do asseguramento cognitivo, a imputação de culpabilidade como déficit ou defeito cognitivo. Como acentua Gómez-Jara Díez, antes de mais nada, cumpre observar que o sistema jurídico-penal é um sistema fechado, clausurado operativamente, inclusive frente ao sistema da sociedade e, portanto, frente às pressões do meio social, mormente as de necessidade de pena, que não podem, diretamente, determinar o sistema jurídico-penal, que, como já observado, só é sensível a irritações, as quais devem ser canalizadas ao sistema jurídico pelo acoplamento estrutural. De relevo, ainda, pontuar que, de igual sorte, o lado cognitivo é uma construção interna jurídico-penal, o qual, em uma perspectiva externa, pode não corresponder ao lado cognitivo construído comunicativamente¹²⁸
¹²⁹. Por tal motivo, a penalidade de Jakobs se aparta dos postulados

intrassistêmico, ou seja, qualquer comunicação do sistema jurídico com outras realidades que configuram o entorno. Assim, não é da análise de Luhmann como as expectativas operam, individualmente, a partir de intenções e desejos individuais. No entendimento de Navarro, a pena, em sua consideração comunicativa, serve para individualizar a comunicação antijurídica do delito, não havendo espaço, “frente a lo que sostienen los partidarios de la prevención general positiva, al menos no el seno del sistema jurídico, vulneraciones morales que hayan de ser expurgadas enérgicamente para restablecer una sana conciencia jurídica”. Ibid., p. 276. Com efeito, Navarro, trilhando caminho luhmanniano, aduz que a confirmação normativa se alcança só com recurso a comunicações, nunca se estendendo a efeitos psicológicos, daí, inclusive, a denominação da teoria de Luhmann como sendo “a sociedade sem homens”. Nesse passo, observa Navarro que a intenção de Luhmann foi proteger o âmbito da subjetividade dos embates da normatividade social incontrolada. Assim, oferece crítica a Jakobs e a seu catálogo de funções que atribui à pena, que, numa leitura luhmanniana, quase desapareceria, finalizando que a confiança da norma deve ser despojada de finalidade socializadora, pois não cabe pedagogia através do Direito. Ver p. 277-288, especialmente p. 285.

¹²⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 430-431.

¹²⁹ Bem anota: Ibid., p. 428, quando trata da relação entre culpabilidade, bem como da possível utilização do homem com fins preventivos: “El verdadero problema se plantea cuando se defiende

de Luhmann, na medida em que se utiliza, sobremaneira, de fins preventivos para reforço cognitivo, procurando forjar, no entorno, uma comunicação direta de fidelidade ao Direito, o que, em termos luhmannianos, não se revela possível. E, no mais grave, possibilita a instrumentalização da pessoa para fins preventivos, de forma mais crua no Direito Penal do inimigo^{130 131}, na busca de uma segurança cognitiva total, baseada na fidelidade ao Direito, coisificando as pessoas, as quais podem ser excluídas do sistema legal^{132 133}.

uma concepción preventiva de la pena -ya sea de prevención geral positiva ou negativa-, puesto que es ahí donde las críticas más vehementes respecto del sacrificio del individuo em favor de las necesidades preventivas de la sociedad aparecen por doquier. Ahora bien, como se há senälado, em el contexto del normativismo funcionalista se há producido un cambio -no sólo terminológico- en la concepción de la pena, de tal manera que de la *prevención general* positiva se pasa a la *retribución funcional*. Ya en cambio de denominación puede quizá encontrarse indicio que, desde esta nueva perspectiva, en la que los efectos preventivos constituyen la verdadera función del Derecho penal -na función manifiesta, sino que en cierta manera, 'acompanhan' función latente o prestación- la pena, se elimina en gran medida la posible "instrumentalización" del individuo."

¹³⁰ Nesse particular, ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 432, quando assevera que a culpabilidade se constitui em um fundamento e limite da pena. Fundamento pelo fato de que a culpabilidade é informada pelo código diferenciador do sistema jurídico-penal moderno; e limite, quando exclui a possibilidade de uma determinação externa de outros sistemas da sociedade, como o religioso, econômico, político etc.

¹³¹ Também, nesse contexto, a pena não é vista como um mal, uma vez que somente se leva em consideração sua contribuição simbólica para a comunicação da vigência da norma, daí por que a pena necessita de uma especial legitimação, como assevera PENÄRANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 313, 2000.

¹³² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 06-07, 2000. Segundo GARCÍA AMADO, o propósito de tudo isso é "sacar" da sociedade todos aqueles, que, por hábito ou deliberação, não cumprem as normas.

¹³³ No pensamento de García Amado, "la seguridad en la que piensa Jakobs no es una seguridad estadística, que es la única que realmente tendría sentido respecto de un sistema penal en funcionamiento en un Estado de Derecho; es decir, no tiene que ver con la alta o baja probabilidad de delito, sino que es una seguridad referida a los individuos y sus actitudes y intenciones. Tal seguridad, por tanto, no deriva de que un sistema penal sea eficiente en la persecución y disminución del delito, sino de que consiga apartar de la sociedad y de la posibilidad de dañarla al delincuente. Así pues, el Derecho penal, a través de las medidas de seguridad, y el Derecho del enemigo, no responden a hechos meramente, sino que 'tratan' personalidades para someterlas o, cuando esto no es posible, aislarlas de la sociedad [...]. De nuevo vemos que el Derecho no es servicio a la libertad igual de todos, sino a la común sumisión". *Ibid.*, p. 08-09.

Nessa quadra, Jakobs desconsidera que o crime faz parte do conflito social, correspondendo ao outro lado da forma que corresponde ao lícito (legal/ilegal), respondendo a uma distinção perfectibilizada pelo código do Direito Penal. Com efeito, isso não se dá no sistema de exceção de Jakobs, já que, no trato dos inimigos, não há comunicação, pois o indivíduo é (auto)expulso da sociedade. Nesse aspecto, salta uma grave aporia, porque os direitos de personalidade são irrenunciáveis; a pessoa não pode se autoexcluir da sociedade. Assim sendo, os direitos de personalidade não podem ficar limitados aos cidadãos servos e obedientes¹³⁴. Na correta observação de García Amado, parte-se de um Direito Penal a um sistema distinto, um mero gestor de obediência pela via da morte civil e penal (talvez física), que, na verdade, nada mais é que uma autoritária política criminal. Nela, empregam-se meios repressivos outrora banidos do ordenamento jurídico, como prisões ilegais e tortura, agora ocultos no Direito. Dessarte, não há mais a necessidade de endurecer as leis, nem operar na clandestinidade, porque a própria lei suspende os direitos e garantias¹³⁵. Em síntese, Jakobs, materializando sua proposta em uma prevenção negativa de castigar o sujeito pelo seu modo de ser, ou mera periculosidade, buscando reforçar convicções sociais ou

¹³⁴ Na acurada observação de GARCÍA AMADO, op. cit., p. 12, “la teoría penal de Jakobs explica la norma, el delito y sanción como comunicaciones relativas a modelos socialmente válidos de comportamiento. Se apoya para tal punto de partida en la teoría social de Luhmann. Pues bien, sólo tiene un mínimo sentido y una mínima coherencia esa concepción de la norma, del delito y la sanción como comunicaciones, en el contexto de una teoría social que entiende que todo acontecer social es un acontecer comunicativo y que no hay comunicación extrasistémica ninguna [...] no tenemos más remedio que concebir también que el sistema jurídico hace con los 'enemigos' es igualmente una comunicación del sistema jurídico. El código binario del sistema jurídico es jurídico?antijurídico, y no puede operar con una tercera categoría, la de a-jurídica. En otros términos, el Derecho sólo puede contemplar las conductas como permitidas (jurídicas) o no permitidas (antijurídicas), y todo lo que no reciba uno de esos calificativos deberá recibir el otro”.

¹³⁵ Ver GARCÍA AMADO, mormente quando alude que Jakobs maneja um conceito de pena mais complexo, já que não possui só um valor comunicativo, pois combina, junto com a prevenção geral positiva, a prevenção negativa, no caso, a instrumentalização e neutralização frente a uma conduta impulsiva e espontânea do inimigo. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 14, 2000.

valores morais (forças aglutinadoras¹³⁶), procura compensar o fracasso dos demais sistemas (notadamente econômico, social e cultural), que se revelam incapazes de configurar o modelo de cidadão ideal à convivência social. Ou seja, cuida-se de um intento desesperado de buscar uma unidade em um mundo complexo e plural, vendo, no não obediente ou diferente, um obstáculo que se há de eliminar¹³⁷. Forja-se uma verdadeira nostalgia de homogeneidade em que o Direito Penal do inimigo é o salvador de uma sociedade em crise¹³⁸.

2.5 Uma Última Consideração: a inegável condição intersubjetiva garantista do direito penal e a crítica habermasiana ou mais uma insuficiência do teorema de Jakobs

Cumprе destacar, por relevante, que, para a assunção de premissas sistêmicas como critérios de legitimação do Direito Penal, importa a aceitação das consequências políticas e éticas do acolhimento da referida orientação¹³⁹. Não é por outra razão que o funcionalismo radical de Jakobs estabelece que o controle penal busca a estabilidade do organismo social, prescindindo de toda referência legitimatória ou limitativa, porque, como já assentado, a funcionalidade do Direito Penal se limita a confirmar a vigência da norma, a despeito de seu conteúdo, revelando-se uma certa desatenção aos princípios garantistas e limitadores do controle

¹³⁶ A observação é de Juan Antonio García Amado. Nas suas palavras, o Direito Penal do inimigo se converte em uma substituição funcional, em função correspondente a moral, religião ou pedagogia social. *Ibid.*, p. 14.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹³⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividad en derecho penal: racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica. In: MAIER, Julio B. J. (Dir.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 389-433.

penal¹⁴⁰. Também é sensível, na acurada observação de Alcácer Guirao, o fato de o indivíduo não ser assumido, na sua subjetividade, pelo sistema do Direito, podendo, pois, ao menos na formulação do Direito Penal do inimigo, ser sacrificado no superior altar da manutenção da coesão social¹⁴¹. Sob tal aspecto, saltam aos olhos as insuficiências da perspectiva sistêmica, notadamente no que concerne a sua extrema abstração e à falta de vinculação a uma ordem normativa concreta¹⁴². Nessa trilha, a observação de Feijoo Sánchez, estimando que o Direito Penal não pode desconsiderar o contexto normativo vigente, pecado do funcionalismo jakobsiano¹⁴³. Com efeito, centrando-se, exclusivamente, na questão da vigência da norma, o controle penal deixa de orientar-se pelas consequências, apartando-se das orientações da política criminal¹⁴⁴, estando apto a aparelhar estados totalitários ou democráticos.

¹⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividad en derecho penal: racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica. In: MAIER, Julio B. J. (Dir.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 403.

¹⁴¹ Com efeito, no pensamento do autor, quando os sujeitos particulares, considerados, individualmente, como incapazes de influir no funcionamento dos sistemas, senão que são determinados por eles, são determinados como mera engrenagens dos sistemas, isto é, somente gozam de um certo grau de autonomia suficiente para cumprir função no sistema, mas não para influir nos seus mecanismos. E isso aplicado à teoria da pena apresenta a clássica oposição/tensão entre os interesses da coletividade e os interesses do indivíduo a quem se impõe a pena. Assim, o conflito se resolve, certa e inteiramente, do lado da sociedade, dando-se primazia absoluta à lógica prevencionista. *Ibid.*, p. 403-404.

¹⁴² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 471.

¹⁴³ Por tal motivo, o autor defende que o funcionalismo de Jakobs deve ser complementado pelo desenvolvimento de uma teoria normativa e comunicativa do Direito. *Ibid.*, p. 471-472.

¹⁴⁴ Como bem observa Feijoo, a afirmação de Jakobs, no sentido de que pretende observar e descrever o Direito Penal (tarefa da dogmática jurídica) e sua aportação no sistema social, tem provocado críticas e “mal-entendidos”. Com efeito, segundo Feijoo, um setor da doutrina sinala (com acerto) que a teoria funcional-sistêmica não resulta compatível com o labor do jurista (que deve ser crítica e criativa). Conforme Feijoo Sánchez, “si a la ciencia jurídica parte de una observación y una definición immanentes al Derecho, a diferencia de la sociología que lleva a cabo una observación y una descripción externas de acuerdo a las cuales el Derecho y las instituciones son tratadas como hecho sociales, no se puede asumir como válida la crítica metodológica de Jakobs por el carácter socio-tecnocrático de su teoría. La teoría de Jakobs es una teoría profundamente normativa. Jakobs intenta comprender la

Dessa forma, sobressai o excesso de positivismo, já que a validade do Direito repousa na vigência da lei, cumprindo à dogmática jurídica descrever o fenômeno normativo como ele é (dever ser)^{145 146}. A legitimidade do Direito não se relaciona ao atendimento de princípios constitucionais ou critérios deontológicos; ao contrário, satisfaz-se com a efetividade, não havendo, portanto, espaço para pretensões de correções morais ou razões de consenso. O critério de validade é a obediência ou faticidade¹⁴⁷. Assim, como o indivíduo não é assumido pelos sistemas sociais e pelo Direito, que não é informado por princípios morais, o Direito se vê privado de uma lógica intersubjetiva ou discursiva, para se assumir na autorreferencialidade do sistema legislativo. Com isso, o terreno é fértil para a coisificação do indivíduo em prol da identidade social¹⁴⁸.

O princípio esquecido repousa no fato de que é, na compreensão do sujeito e na sua relação com a sociedade, que se estabelece o fático e o normativo; modelo intersubjetivo de legitimação, que reconhece o indivíduo em anterioridade, com relação ao social, estimando-o pessoa responsável e racional, que deve participar do processo democrático em igualdade de condições¹⁴⁹. Nesse particular, calha a observação crítica de

normatividad, pero no explicar sociológicamente lo normativo como un conjunto de hechos o como una realidad fáctica". Ibid., p. 473.

¹⁴⁵ Aquí, Feijoo refere que o positivismo jakobsiano pode, também, ser visto como "decisionismo" do ordenamento jurídico. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 476-477.

¹⁴⁶ Ibid., p. 478.

¹⁴⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividad en derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidade valorativa y racionalidad sistémica. In: MAIER, Julio B. J. (Dir.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 405. Nesse particular, Alcácer Guirao assevera; "en realidad, esta consecuencia, la ausencia de principios garantísticos (limitativos de la lógica instrumental) puede ser reconducida a la anterior: desaparición del individuo como sujeto autónomo y supeditación del mismo a las decisiones (necesidades) del sistema".

¹⁴⁸ Ibid., p. 406-407.

¹⁴⁹ Ibid., p. 410-412.

Habermas¹⁵⁰, quando sustenta que a racionalidade sistêmica corrói o conteúdo normativo da democracia, estabelecendo uma autonomia ao sistema político, porque o conteúdo normativo se esvai no comportamento racional dos participantes do processo democrático que decidem votar¹⁵¹. Dessarte, a teoria dos sistemas, na lente de Habermas, abandona o nível dos sujeitos da ação em prol da densidade e complexidade dos complexos organizatórios, chegando à concepção de que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos e fechados com relação aos demais, assumindo que a interação entre os sistemas não depende mais das intenções ou dos interesses dos autores participantes¹⁵². Não se desconhece que Habermas compartilha o pensamento luhmanniano, na caracterização da sociedade moderna como marcadamente complexa; integrada não somente por valores, normas e procedimentos de entendimento, mas também pelo dinheiro (mercados) e poder administrativo (sistemas autônomos), que impõem, muitas vezes, interesses ilegítimos, valendo-se da força da forma jurídica, corrompendo o processo democrático¹⁵³. Entretanto, discorda do enfoque sistêmico, quando ele renuncia a qualquer tipo de conteúdo na ação prática entre os indivíduos (o agir comunicativo, na busca de um consenso racional, é substituído pela *autopoíesis*¹⁵⁴). Logo, o reclamo de Habermas assenta-se no *autismo*, ou ausência de comunicação direta entre os sistemas e as pessoas que o integram, óbice à construção de uma sociedade eticamente responsável¹⁵⁵. Conforme ele, perde-se a linguagem

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 61-91.

¹⁵¹ *Ibid.*, v. 2, p. 61.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 63.

¹⁵³ *Ibid.*, v., 63, p. 61-62.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 18.

¹⁵⁵ *Ibid.*, v. 1, p. 73.

comum¹⁵⁶, na qual seria possível alcançar a unidade da sociedade, enfraquecendo-se a capacidade de integração social¹⁵⁷.

Em síntese, pode-se referir que Habermas, levando a sério a questão da legitimidade/validade do Direito e o consenso intersubjetivo, opõe-se à construção de sistemas semanticamente fechados, incapazes, por conseguinte, de encontrar uma linguagem comum, que ele reputa necessária para a percepção e articulação de medidas relevantes para toda a sociedade. Por tal motivo, para ele, a política e o Direito não podem ser entendidos como sistemas fechados, porque *o sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida*¹⁵⁸. Dessa forma, a solução para uma sociedade complexa, que perdeu os fundamentos religiosos e orientações metafísicas, passando a conviver com uma moral pluralizada e *colonizada* pela ciência e pelo dinheiro, é apostar no agir comunicativo¹⁵⁹ e na força transcendental de exigências universalistas de validade, isto é, na sua concepção, o mundo da vida deve reproduzir-se apenas sob o meio do agir comunicativo orientado à compreensão. No seu

¹⁵⁶ Ibid., v. 1, p. 25. A linguagem é, para Habermas, o *medium* universal da incorporação da razão. Assim, o seu agir comunicativo atribui “às forças ilusionárias” da linguagem orientada ao entendimento (consenso), uma importante função na ação. Pode-se dizer, portanto, que a teoria habermasiana do agir comunicativo (o consenso legitimando as normas do Estado de Direito) parte da “guinada linguística”. Ver v. 1, p. 27. E, para uma compreensão da proposta do agir comunicativo, importa a leitura das pp. 113-295.

¹⁵⁷ Ibid., v. 1, p. 75.

¹⁵⁸ Ibid., v. 1, p. 84.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 45-46, refere que, nesse contexto de uma sociedade pluralizada e diferenciada, é que a integração social se transfere, cada vez mais, para o entendimento entre os autores, implicando uma nova abordagem da facticidade (coação de sanções exteriores) e validade (força integradora-ligadora de convicções racionalmente motivadas). E, para cumprir esse papel integrador, ele apresenta o seu agir comunicativo, que “explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a saírem do egocentrismo e a se colocarem sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nessa ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo”.

pensamento, o acordo comunicacional proposto, que se mede pelo reconhecimento intersubjetivo de exigências de validade, permite a formação de uma rede de interações sociais e contextos do mundo da vida¹⁶⁰. Em razão disso, para Habermas, aqueles que intervêm no mundo da vida, ao lado das reproduções materiais, estão associados por meio do agir orientado à solução dos problemas. Portanto, é no consenso acerca das orientações que o Direito vai buscar a sua legitimação, cobrando participação, via discurso, de todos os possíveis interessados¹⁶¹. Em suma, a *indisponibilidade* do Direito, decorre do consenso intersubjetivo; a legislação deve envolver, em um processo argumentativo, todos os participantes em uma situação ideal de fala. O Direito vai buscar o padrão de legitimidade/validade no agir comunicativo, pois, somente assim, se consegue a cooperação de todos os interessados-obrigados, evitando que estruturas da intersubjetividade se dissolvam no interior de sistemas complexos e que os indivíduos sejam dissociados do seu mundo da vida, o que representaria um retorno ao Estado bárbaro.

Para arrematar, anota-se que a crítica de Habermas à teoria sistêmica-funcional é produtiva, principalmente quando aponta a insuficiência dos critérios sistêmicos de validade/legitimidade do Direito, refutando o entendimento no sentido de que a validade do ordenamento jurídico possa ser extraída da mera eficácia do Direito, ou cumprimento de suas funções; enfim, opondo-se à ideia

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000. p. 297.

¹⁶¹ Para se ter os contornos da teoria do agir comunicativo habermasiana, que não pode ser esboçada aqui, pelos limites do trabalho, consultar HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. Também, do mesmo autor: *A ética da discussão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Ver GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade de diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003 especialmente p. 67-82. APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo; MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Tradução de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. Por fim, GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

de a legitimidade ser subsumida ao atendimento do procedimento legislativo e à positividade do Direito. Ao contrário, para Habermas, a solução para a complexidade que assola o Direito é apostar no entendimento (agir comunicativo), via discurso informado por princípios morais universais. Logo, no entendimento de Habermas, o Direito tem um papel transformador; um sistema de saber e ação com o desiderato de controlar o mercado e burocracia estatal, não se subsumindo no papel de estabilizar expectativas normativas¹⁶². Por isso, revela-se problemático o pensamento de Jakobs, quando despe o Direito de considerações valorativas, estabelecendo ao intérprete, de forma limitada, análise do ordenamento posto, sem poder questionar os fundamentos de validade do ordenamento jurídico¹⁶³. Efetivamente, trata-se de um modelo jurídico inviável, como estima Alcacer Guirao, pelo fato de que o Direito não pode prescindir de considerações de caráter político-valorativo, devendo as orientações recebidas das ciências sociais ser acatadas com prudência, sob pena de irracionalidade do controle penal. Ora, uma adequada ordenação social não pode renunciar à sociedade, mas, tampouco, renunciar ao homem e a seus vínculos sociais, sob pena de o indivíduo ser instrumentalizado por desígnios sociais e, no pior, em detrimento dos direitos individuais¹⁶⁴. Em definitivo, com

¹⁶² Para constatar tal afirmação, ver JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6, p. 03 e seguintes. Mais adiante, quando sustenta a autonomia funcionalista do sistema penal, informa Jakobs: “Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma *ultima ratio*. A decisão acerca de que se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal. Certamente, a ciência do Direito Penal pode evidenciar o que é que trazem exatamente as novas regulamentações legais e o que deve ser considerado, conforme a valoração estabelecida, como algo positivo ou como algo prejudicial. Mas é impotente perante as alterações políticas de valores, e não se pode optar em alterações políticas de valor”. Ibid., p. 23-24.

¹⁶³ ALCÁCER GUIRAO. Rafael. Facticidad y normatividad en derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidade valorativa y racionalidad sistémica. In: MAIER, Julio B. J. (Dir.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 420-421.

¹⁶⁴ Ibid., p. 526.

Habermas e sua racionalidade intersubjetiva, pode ser dito que a pretensão sistêmica de Jakobs, conferindo à dogmática a limitada função de explicar o real funcionamento do sistema penal, peca por um *excessivo sociologismo* e *excessiva servidão* em face da situação existente, não esclarecendo a qual Estado atende (Cancio Meliá¹⁶⁵) na pretensão de forjar a *identidade social*¹⁶⁶. Perde-se, na penada de Roxin¹⁶⁷, a função limitadora, o que leva o exercício de fidelidade ao Direito a se conectar, antidemocraticamente, com a prevenção de premissas religiosas, éticas ou morais.

Enfim, sob imperativos do funcionalismo radical de Jakobs, a democracia transforma-se em uma *democracia da emergência* e *segurança da identidade*; uma democracia biológica de controle e domínio da espécie humana; experiências totalitárias que pouco têm a ver com a *democracia moderna*, promotora da inclusão de todos sob o signo da liberdade e igualdade de direitos universais. A lógica da inclusão é substituída pela exclusão da *democracia das massas*¹⁶⁸. Não é por outro motivo, que o símbolo da sociedade atual é a exclusão generalizada da multidão, como sintetiza Portilha Contreras, que observa o surgimento, no âmbito penal, de áreas não cobertas pelo Direito, ou seja, espaços em que a excepcionalidade ou estado de exceção é normalizada pelo Direito do Estado. Segundo o referido autor, assiste-se ao retorno de um

¹⁶⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Tradução de Lucia Kalil. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 108-111. Consultar, de igual sorte: PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLES, Carlos Suarez; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução e organização de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003, especialmente p. 61-79.

¹⁶⁶ CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 111.

¹⁶⁷ Ibid., p. 70-73. Cumpre notar o acerto de Roxin, quando refere que, a partir de leitura constitucional, a política criminal não tem por objeto a luta contra o delito a qualquer preço, uma vez que, no marco de um Estado de Direito. Importa leitura de ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2004. v. 1, p. 791-798.

¹⁶⁸ Conforme GALLI, Carlo. *El malestar de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 73-92.

modelo penal forjado por um excesso de defesa social e utilidade, no qual o criminoso é reconstituído como inimigo do *pacto* social. De fato, o Direito Penal tende a aparelhar-se como uma *arma política* do Estado com o domínio completo sobre o ser vivente, podendo, no extremo, despojá-lo da condição de pessoa. É o tempo de retorno da figura mítica da vida sem valor, sacrificável, o *homo sacer* que sempre se fez presente no projeto da modernidade. Dessa forma, os antigos campos de concentração são substituídos pelas prisões de suspeitos de atividades terroristas bem como pelas zonas de atendimento da imigração nos aeroportos, exemplos significativos da atual política de segurança dos Estados¹⁶⁹.

¹⁶⁹ PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. La configuración del Homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2004. p. 1401-1424.

Conclusão

Quando se faz uma análise do exercício do poder de punir do Estado na contemporaneidade, verifica-se que hoje, como nos campos de concentração nazistas, é possível verificar a presença de instrumentos administrativos e organizativos secretos, a ausência de controles jurisdicionais, o clima de guerra difusa, a manutenção de um estado de exceção, bem como a construção de uma ou várias figuras de “aliens” ou “inimigos” (verdadeiros ou presumidos), que convertem em realidade um quadro no qual as “não-pessoas” encontram pleno reconhecimento legal.

A figura do *homo sacer*, objeto de análise na primeira parte do presente livro, parece ser a que melhor se amolda ao propósito de ilustrar a posição ocupada por determinados indivíduos, aos quais é relegada a alcunha de *inimigos*, na contemporaneidade. Nesse sentido, a linguagem maniqueísta da proposta teórica de Günther Jakobs pressupõe que não só a guerra, mas também todas as violências exercidas pelos vencedores nos territórios ocupados passem a ser chamadas de “lutas contra o terrorismo”, ao passo que todo aquele que discorda dos métodos desta luta passa a ser etiquetado e desqualificado como terrorista e/ou conivente com o terrorismo, contra o qual qualquer medida é legitimada.

Isso representa uma distorção da linguagem que traduz um dos sintomas ameaçadores de um possível totalitarismo internacional justificado por uma espécie de estado de sítio global permanente – ou guerra global perene. E as categorias dicotômicas analisadas traduzem outro paradoxo: na medida em que se propõem a compreender e a enfrentar fenômenos de grande

complexidade, elas simplificam o discurso a ponto de chegar à oposição elementar Bem *versus* Mal.

Além disso, convém salientar que essa simplificação se opera sempre como fator de autolegitimação por meio da figura do inimigo, seja o inimigo *exterior* – que legitima a guerra externa, preventiva e virtualmente permanente –, seja o inimigo *interno* – suspeito de conivência com aquele, de modo a legitimar medidas de emergência e restritivas da liberdade de todos.

Um grave problema que se apresenta nesse contexto é que o esquema binário amigo/inimigo pode se ampliar em múltiplas direções, como, por exemplo, em relação aos pedófilos, aos imigrantes irregulares, aos traficantes de drogas, etc. Isso porque a teorização de Jakobs representa um novo e significativo progresso na consolidação de atitudes sociais de incompreensão da delinquência, de estranhamento social do delinquente que, a partir de agora, se vê, em certas circunstâncias, privado de seu caráter de cidadão e até mesmo de pessoa, para converter-se em mero inimigo da sociedade – ou, na léxica de Agamben, em mero *homo sacer*.

Em outras palavras: Jakobs acaba por outorgar cidadania jurídica a fenômenos de exclusão social radical, bem como de luta e guerra, sem nenhuma preocupação em definir os limites de legitimidade das categorias introduzidas. Com isso, o Direito Penal do Inimigo subverte a lógica segundo a qual ao Direito Penal compete punir determinados tipos de ação e não determinados tipos de *pessoas*, ou seja, segundo a qual as pessoas são castigadas pelo que *fazem ou deixam de fazer* e não por aquilo que *são*. Com efeito, no Direito Penal do Inimigo a predeterminação legal e a averiguação judicial do fato punível cedem lugar à identificação do inimigo, que inevitavelmente, ao não estar mediada pela prova de atos específicos de inimizade, se resolve na identificação e na captura de meros suspeitos.

Com efeito, o Direito Penal passa a ser estruturado a partir da *pessoa* do delinquente e não a partir do *fato delituoso cometido*,

o que representa um nova e reforçada legitimação de um modelo de Direito Penal de autor, já que o ponto de referência fundamental na hora de distinguir entre as duas formas de intervenção penal propostas por Jakobs (Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão) passa a ser uma atitude persistente de desapego, de distanciamento da ordem sociojurídica dentro da qual o indivíduo se desenvolve. O efeito ampliatório reside aqui, pois não são mais necessárias a contumácia no delito, a habitualidade ou a reincidência delitivas. Não desconsiderando o fato de que estas sejam condições frequentes para considerar-se alguém como inimigo, o peculiar agora é que basta uma atitude permanente de despreço pela ordem jurídica e a disponibilidade em infringi-la.

Zaffaroni (2007, p. 69) refere que a sucessão de inimigos em âmbito planetário “aumenta a angústia e reclama novos *inimigos* para acalmá-la, pois quando não se consegue um *bode expiatório* adequado nem se logra reduzir a anomia produzida pela globalização, que altera as regras jogo, a angústia se pontecializa de forma circular.” Como consequência, o Direito Penal de autor resulta agora decisivamente potenciado mediante essa transcendente ampliação dos sujeitos submetidos ao novo modelo de Direito Penal.

O cenário atual descortina uma mudança estrutural do sistema punitivo, acelerada pelo paradigma da *ordem mundial da guerra*, orientação que se consolidou após os atentados terroristas sofridos pelos EUA em 2001. Com efeito, a partir de então proliferaram, no plano interno, legislações aparelhadas pela irracionalidade de extrema restrição de liberdades civis. Veja-se, nesse particular, a legislação de *combate* ao crime de terrorismo, ao tráfico de drogas, e aos crimes sexuais, dentre outros. A mesma constatação se deu no plano externo, pelo implemento de campanhas de *guerra e terror*, legitimando intervenções armadas em territórios nacionais (Iraque, Afeganistão), para erradicar os *inimigos das democracias ocidentais e dos direitos humanos* e, não raro, sem a devida autorização da ONU, em uma completa violação

da soberania dos estados. Nessa reconfiguração da segurança, levada a cabo pelos Estados Unidos, esta institui-se como um pensamento político fundamental.

Tais acontecimentos promoveram uma verdadeira involução do sistema punitivo sob os fundamentos da *emergência* ou da *exceção*, mediante o abandono das *razões jurídicas* ou do constitucionalismo social, com a adoção das *razões do Estado* (policial), procurando-se combater crimes e perigos a qualquer custo, mesmo que a sacrifício das garantias constitucionais. Tragicamente, emprega-se a excepcionalidade penal para enfrentar problemas domésticos ou a criminalidade vulgar. Assim, o excepcional se converte no habitual, regulando todo o tipo de ilicitudes, vulnerando-se os princípios liberais iluministas, verdadeiros obstáculos a serem eliminados na luta à criminalidade. É o sinal da incorporação da exceção ao ordenamento jurídico, de forma definitiva, no combate ao crime.

Não é por outra razão que se assiste a um crescente recrudescimento das penas de crimes entendidos como tradicionais (ou da criminalidade clássica), no implemento da vertente do *punitivismo-simbolismo*, como ocorre, na atualidade, na tipificação do femenicídio, bem como na nova tipologia dos crimes de homicídio praticado contra agentes de segurança (homicídio qualificado). Além disso, detecta-se uma antecipação dos marcos punitivos (pela proliferação de crimes de perigo), bem como uma crescente flexibilização das garantias constitucionais. Soa inegável a presença do *emergencialismo* penal, que sempre foi utilizado pelos Estados *modernos*, mesmo sendo incompatível com a Constituição e seu sistema de direitos. Entretanto, com a *idealização da segurança*, tratada como um direito fundamental e fundante do pacto social moderno, o próprio projeto constitucional passa por uma constante revisão ou suspensão pelo sistema punitivo. Novos tempos em que se intensifica a flexibilização do sistema de garantias para aumentar o poder do estado contra eventuais inimigos, alçando a intervenção punitiva como *sola ratio*,

submetendo a subjetividade do indivíduo ao poder ilimitado da potência estatal.

Sob essa ótica, de relevo destacar que a *sinceridade* de Jakobs efetivamente choca e pode ser utilizada como argumento das autoridades em termos dogmáticos, permitindo desvelar as reais funções desempenhas pela política criminal contemporânea. Com efeito, de suas abordagens teóricas do denominado *Direito Penal do Inimigo* (que, de longe, não são meramente descritivas, senão diretivas), surge a ímpar possibilidade de se chegar a seguinte constatação: as legislações penais atuais são permeadas pela excepcionalidade penal, tão invocadas que se consolidam como regras. O controle penal restou funcionalizado como a *prima ratio* ou como panaceia para enfrentar os diversos distúrbios sociais, como por exemplo, a tentativa de criminalizar os movimentos sociais, a partir da onda de protestos que assolaram a sociedade brasileira, ou o atual debate midiático acerca da redução da menoridade penal, capitaneada por setores conservadores do Congresso Nacional. Neste último caso, leva-se adiante a proposta para angariar lealdade dos eleitores, a despeito dos índices oficiais noticiarem que a criminalidade praticada pelos adolescentes é ínfima quando comparada à criminalidade praticada pelos adultos. Não se revela temeroso afirmar que a exceção já é a regra, na medida em que, a qualquer momento, é possível suspender a Constituição e derrogar direitos.

A política criminal proativa do controle penal excepcional atual, dessa forma, é desafiadora à dogmática jurídica e à função social dos juristas, que não podem pautar sua praxis na mera revelação de más notícias, mas, sim, na responsabilidade pela tarefa de combater a ilegítima retirada das garantias penais e processuais, submetendo a legislação a uma imanente crítica. Nesse passo, cumpre atentar que a proposta de Jakobs de buscar, pelo Direito Penal, a manutenção da identidade social (em um mundo informado pela fragmentação social, polarização e de um certo desencantamento com a filosofia iluminista) e a vigência da

norma, é claramente desfuncional, na medida em que ele confere um destacado papel à questão cognitiva de *fidelidade ao direito* e ao reforço cognitivo da norma, nutrindo a função da pena de poderoso efeito latente de proteção/prevenção especial, o que não é factível ao funcionalismo sistêmico de Luhmann, para quem o Direito não poderia estabelecer comunicação direta com a pessoa. E mais, tal desfuncionalidade permite a instrumentalização da pessoa humana para fins preventivos.

Em síntese, o Direito Penal possui uma face intersubjetiva que não pode ser ignorada, como pretende o *normativismo radical* de Jakobs, apartado de princípios e orientações de índole político-criminais. Ora, deve haver, no ambiente do controle penal, espaço para orientações morais expressadas em princípios constitucionais irrenunciáveis, inclusive para o enfrentamento da criminalidade grave, bem como à dignidade do homem, que não pode ser despersonalizado na busca de uma identidade social, em um mundo que convive com graves conflitos sociais, étnicos, religiosos, enfim, em constante luta por reconhecimento e redistribuição.

Referências

Referências do Capítulo 1

AGAMBEN, Giorgio. Qué es um campo? In. **Artefacto**: pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, p. 52-55, 1998.

_____. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. **Profanações**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANISTIA INTERNACIONAL. **“Eles entram atirando”**: policiamento de comunidades socialmente excluídas. 2005.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BARBOSA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 11, n. 194, 2013.

BARSALINI, Glauco. **Estado de exceção permanente**: soberania, violência e direito na obra de Giorgio Agamben. Tese de doutorado. Campinas, SP: 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente:** atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOFF, Adelaide Bersch. Da norma à vida: a violenta padronização do *ethos*. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito:** inflexões filosóficas. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 189-204.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

BUTLER, Judith. **Vida precária:** el poder del duelo y la violencia. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben:** uma arqueologia da potência. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CINDERELAS, LOBOS E UM PRÍNCIPE ENCANTADO. Direção: Joel Zito Araújo. Produção: Luís Carlos de Alencar. [Rio de Janeiro: Pipa Produções], 2008. DVD (106 min.).

CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Trad. Flavia Valgiusti, Joaquín Octavio Marcet e Carla Amans. Buenos Aires: B de F, 2012.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? In: GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; SANZ MULAS, Nieves. **Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública**. Granada: Comares, 2005. p. 213-241.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Seuil, 2010.

DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora SENAC, 2007. p. 39-52.

_____. **História do medo no Ocidente.** Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. **Revista Penal.** n. 24, p. 52-70, 2009.

DUARTE, André. **Vidas em risco:** crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2010.

ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía.** Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

_____. **Bios:** biopolítica e filosofia. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

FALLON, Richard H. e MELTZER, Daniel J. Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 8, p. 2047, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 3. ed.. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Editora Nau, 2003.

_____. **Microfísica do poder.** 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

_____. **Segurança, Território, População:** curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. **Nascimento da biopolítica:** curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **História da Sexualidade I:** A Vontade de Saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22^a. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **KRITERION:** Revista de Filosofia. Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, 2008.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram**. Trad. Constantino K. Korovaeff. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

MARTINS, Jasson da Silva. Biopolítica e governamentalidade. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito: inflexões filosóficas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 161-173.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2012.

NOVAES, Adauto. Políticas do medo. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora SENAC, 2007. p. 9-16.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

REVEL, Judith. **Dicionário Foucault**. Trad. Anderson Alexandre da Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C.. **Os clássicos da política**. Vol. I. São Paulo: Ática, 2002. p. 51-77.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012.

_____. **Os labirintos do poder**. Porto Alegre: Escritos, 2004.

TOLEDO, Malu. Nove morrem em ação do Bope; coronel diz que PM do Rio é "o melhor inseticida social". **Folha de São Paulo**, 16 abr. 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do inimigo e o terrorismo: o "progresso ao retrocesso"**. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.

VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

Referências do Capítulo 2

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividad en derecho penal: racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica. In: MAIER, Julio B. J. (Dir.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 389-433.

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo; MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Tradução de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

APONTE, Alejandro. Acerca de uma noção particular de “eficiência em el derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montivideu; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1.

APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del inimigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Tradução de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. In: MAIER, Julio B. J. (Org.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 399-428.

BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007.

CABANA FARALDO, Patricia. *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008*. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 239-252.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: Derecho penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo?* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexions sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 94, p. 204-224, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los limites de uma regulaci3n maximalista: el delito de colaboraci3n com organizaci3n terrorista em el c3digo penal Espa3ol*. In: RIEZU, Antonio Cuerda; GARCÍA, Francisco Jimenez (Org.). *Nuevos desafios del derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 73-98.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los límites de uma regulaci3n maximalista: el delito de colaboraci3n com organizaci3n terrorista em el c3digo Espa3ol*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria Jo3o; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 3.

CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Tradução de Lucia Kalil. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 108-111.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Sentido y límites de los delitos de terrorismo. In: GARCIA VALDES, Carlos. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: EDISOFER, 2008. v. 2.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? la teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 77-89.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre a ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1.

DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Coord.) *Identidades comunitárias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente al enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho. *Jueces para la Democracia*, Madrid, v. 2, n. 57, p. 03-10, nov. 2006.
- GALLI, Carlo. *El malestar de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade de diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Dogmática penal sistémica? sobre la influencia de Luhmann em la teoría penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 234-242, 2000.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, 2000.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: el dolor penal como constructo comunicativo? *Indre: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 984-985.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. El derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades?) del concepto y su justificación. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 321-338.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. Também, do mesmo autor: *A ética da discussão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HÖRLE, Tatiana. Derecho penal del enemigo como exigência normativa. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006.

JAKOBS, Günther. *Bases para una teoria funcional del derecho penal*. Lima, 2000.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del inimigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciência del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKARDT, Björn (Coord.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigência de la norma. In: GÓMES-JARA DíEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 177-196.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. Terroristas como personas em derecho? Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DíEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006.

JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. La fidelidade al derecho como categoria de la culpabilidad. Tradução de Percy García Caverro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 72, p. 11-52, maio/jun. 2008.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoesis* do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 239-272, mar./abr. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração, criminalização e sistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; HOMMERDING, Adalberto Narciso. A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 110, p. 299-328, set./out. 2014.

MARTÍN, Luis Gracia. *Horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTÍN, Victor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo em la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1.

MELIÁ CANCIO, Manuel. De nuevo. derecho penal del enemigo? In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. v. 2.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El derecho em la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno “derecho penal del enemigo. In: GREGO; Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. Aniversário em 02 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 451-483.

- MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em derecho penal: puntos de partida para uma sistematización. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.
- MÜSSING, Bernd. Derecho Penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. v. 2.
- NAVARRO, Evaristo Prieto. Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, 2000,
- NEUMAN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2.
- PENÁRANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, 289-294, 2000.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLES, Carlos Suarez; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução e organização de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003, especialmente p. 61-79.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la persona. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2.
- PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.
- PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. La configuración del Homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2004. p. 1401-1424.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: IBDEF, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2004. v. 1, p. 791-798.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHÜNNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? crítica a las insoportadas tendencias erosivas em la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: DONA, Edgardo Alberto (Dir.). *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 2.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 3. ed. Buenos Aires-Montevideo: IBDEF, 2011.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renan, 2007.