



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA

MATTEUS ARAÚJO NOGUEIRA

**ENTRE O *HOMO SACER* EM GIORGIO AGAMBEN E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS: A EXISTÊNCIA DO CORPO MATÁVEL**

BRASÍLIA

2023

MATTEUS ARAÚJO NOGUEIRA

**ENTRE O *HOMO SACER* EM GIORGIO AGAMBEN E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS: A EXISTÊNCIA DO CORPO MATÁVEL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de licenciatura em Filosofia
da Universidade de Brasília.

Orientador: prof. dr. Gilberto Tedeia

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilberto Tedeia

Dr. Douglas Rodrigues Barros

Me. Miguel Ivân Mendonça Carneiro

A democracia está perdendo os seus adeptos. No nosso país tudo está enfraquecendo. O dinheiro é fraco. A democracia é fraca e os políticos fraquíssimos. E tudo que está fraco, morre um dia... os políticos sabem que eu sou poetisa. E que o poeta enfrenta a morte quando vê o seu povo oprimido.

JESUS, Maria Carolina de. *Quarto de Despejo, Diário de uma favelada*. São Paulo: Francisco Alves, 2004.

AGRADECIMENTOS

Temendo praticar injustiças decorrentes de minha parca capacidade de memória, gostaria de demonstrar gratidão:

Para o orientador Gilberto Tedéia, por ter me apresentado instigante autor que hoje embasa e da forma a este trabalho, pela liberdade a mim dada;

Para o corpo docente da Universidade de Brasília, sobretudo aos meus professores do Departamento de Filosofia com carinho e extrema admiração;

Para os demais trabalhadores que fazem essa universidade, em especial aos terceirizados, e mantêm esse alicerce da democracia de pé;

Para meus avôs Paulo Rodrigues (*in memoriam*) e Marcos Pereira (*in memoriam*), a minha avó Maria Araújo, e minha avó Onesinda Lustosa, alicerces e bibliotecas da ancestralidade da minha família, que a força presente em vocês continue a dirigir e influenciar a minha caminhada;

Para os meus tios e tias, pelas conversas, conselhos, brincadeiras, também pela sensação de pertencimento e carinho emanado;

Para os primos e primas que junto comigo estão carregando consigo o nome da família, em especial desejando superação e força por parte de um deles na luta contra seus demônios internos, que encontre paz e luz em seu destino;

Para os meus amigos e amigas, é através do companheirismo de vocês que percebo o quão sou abençoado em conviver com pessoas tão especiais;

Para o meu pai Misael Lustosa, minha mãe Adalvany Araújo e minha irmã Marcela Araújo, pelos incentivos, encorajamentos e como forma de gratidão. Sem vocês esse trabalho não teria sido jamais produzido;

Para minha companheira Lara Oliveira que, com amor, carinho e aceitação, me inspira mais e mais a ser minha melhor versão, obrigado por tanto;

Para meu São Jorge, aquele que me guia, protege e fortalece na luta contra os dragões diários e as tensões emanadas da noite, rogando para que continue a me vestir com suas roupas e armas. Ogunhê, meu pai!

Pode rir, ri, mais não desacredita não. (...)

O que tiver que ser, será, meu.

Tá escrito nas estrelas, vai reclamar com Deus.

Vida Loka parte II, Racionais Mc's. Álbum: 1000 Trutas
1000 Tretas. Boogie Naípe: 2006.

*Ser capaz de recomeçar sempre, de fazer, de reconstruir,
de não se entregar, de recusar burocratizar-se
mentalmente, de entender e de viver a vida como processo,
como vir-a-ser¹.*

Paulo Freire, patrono da educação brasileira.

¹ HOOKS, Bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 2.

RESUMO

O presente trabalho de monografia foi elaborado no intuito de analisar e discorrer acerca de duas figuras que aparentam estar em consonância: o *Homo Sacer* retomado na obra de Giorgio Agamben em que analisa-se acerca dessa figura enigmática do direito antigo focando na análise da obra “*Homo Sacer: poder Soberano e vida nua*” e a teoria do Direito Penal do Inimigo elaborada por Günther Jakobs que encabeça obra com o mesmo nome. É feito diante das duas teorias uma breve tentativa de paralelo, apresentando-as inicialmente e após discorrendo acerca de suas convergência. Todo o trabalho foi feito analisando as obras em específico de cada autor em consonância a trabalhos acadêmicos, publicações e obras ligadas a algum dos dois campos aqui analisados.

Palavras-chave: *Homo Sacer*; Vida Nua; Filosofia Política; Biopolítica, Direito Penal do Inimigo; Criminologia; Criminologia Crítica.

Sumário

Introdução.....	1
1. Exposição acerca do <i>Homo Sacer</i> , de Giorgio Agamben	4
1.1. Apresentação breve do autor	4
1.2. No tocante ao projeto <i>Homo Sacer</i>	4
1.3. Aspectos breves sobre a figura do <i>Homo Sacer</i>	5
1.4. A questão da <i>sacratio</i> em Agamben	11
2. Apresentação introdutória ao conceito de Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs	16
2.1. Exposição sucinta sobre a obra <i>Direito penal do inimigo</i> , de Günther Jakobs	19
2.2. O Direito Penal do Inimigo no combate ao terrorismo	30
2.3. Críticas ao Direito Penal do Inimigo	33
3. Convergência entre a figura do <i>Homo Sacer</i> de Agamben e o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs	35
4. Conclusão	39
5. Referências.....	40

Introdução

Cabe à Universidade o papel de avaliar questões que *a priori* parecem simples, mas carregam no seu bojo pontos de grande complexidade. Em especial, um dos aspectos inerentes à filosofia política é ir ao encontro de mecanismos na busca por respostas perante as mazelas fruto de uma sociedade profundamente desigual e problemática.

Desenvolver senso crítico constitui-se em verdadeiro dever ante as questões inerentes ao caótico estado em que a humanidade está inserida. Encarar as crises e buscar apresentar soluções, mais que uma forma de resistência, é questão de sobrevivência no mundo pós-COVID-19 atravessado por uma epidemia de transtornos mentais, fruto talvez do que o autor coreano Byung-Chul Han vem intitulando como *sociedade do cansaço*.

Neste sentido, um dos principais pontos de discussão está no combate às ações terroristas que invadiram o início do século XXI e persistem em não se dissipar, apesar dos esforços conjuntos em um mundo cada vez mais globalizado, mas nem por isso menos estratificado – é salutar perceber que, apenas no Brasil, no período da pandemia, surgiram mais de 10 novos bilionários em contraponto ao aumento da pobreza extrema, à volta do país ao mapa da fome e a uma crise em massa na área educacional.

O filósofo Giorgio Agamben, em meio a alguns desses questionamentos ainda na década de 90, traz a análise de uma figura marginal do direito penal romano: *Homo Sacer*. Enigmática e com paralelos que, aparentemente, estão cada vez mais perceptíveis com os personagens atuais do campo social, este trabalho foi concebido com o intuito de esmiunçar a obra que inaugura o projeto intitulado “*Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*”, de 1995. É a partir desse trabalho em específico que os interesses do autor passam a preponderar em compreender a política do século XX².

² CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p. 39.

Quase que de maneira concomitante, no meio da década de 80 do século passado, emerge no direito alemão, elaborada pelo jurista Günther Jakobs, a tese não de um agente, mas um mecanismo ligado ao direito penal cujas características se entrelaçam com a outrora percebida, na antiga Roma, daquilo que o autor intitulou como Direito Penal do Inimigo, trabalhada com ênfase sobretudo a partir do final da década de 90.

A teoria emerge como fruto da discussão envolvendo questões que afetam não apenas toda a estrutura do estado democrático de direito, com especial ênfase aos crimes ligados ao terrorismo.

Foi utilizada aqui a obra "*Derecho penal del enemigo*", uma tradução do original feita por Manuel Cancio Meliá em diálogo direto com o próprio autor Jakobs em tentativa tecidas por ele para disseminar sua tese pela Europa. Enfatiza-se que toda a tradução feita da obra nas notas de rodapé são de minha responsabilidade, na tentativa de facilitar a leitura e apresentação do trabalho.

Essa monografia subdividiu-se em duas partes inicialmente, na primeira há uma apresentação breve do autor italiano Giorgio Agamben e de sua trajetória no primeiro momento, em seguida apresenta-se o projeto *Homo Sacer* de maneira exegética.

Em seguida, um capítulo é dedicado às questões envolvendo a figura do *Homo Sacer*, onde se esboça, com base em diversas fontes, um esclarecimento e apresentação ao leitor de alguns dos pontos da discussão proposta por Agamben.

A segunda parte consiste na apresentação da teoria do Direito Penal do Inimigo, apresentando-a e explicitando o arcabouço jusfilosófico utilizado pelo autor em sua elaboração.

Na terceira parte, a presente monografia tece uma breve concatenação entre as duas teorias, a fim de demonstrar uma clara consonância entre aquilo que pode-se perceber no *Homo Sacer* e o proposto por Jakobs.

Encerrando o trabalho, apresenta-se a teoria atualmente intitulada Direito Penal do Inimigo ou o *Homo Sacer* da baixada. É tentado demonstrar

como a abordagem de Agamben encontra correlação com a realidade vivida no sistema penal brasileiro, seja de forma indireta ou não.

1. Exposição acerca do Homo Sacer, de Giorgio Agamben

1.1. Apresentação breve do autor

Giorgio Agamben é natural de Roma, capital da Itália e nasceu em 1942, formando-se em direito na Universidade de Roma em 1965 e apresentando um trabalho sobre o pensamento da filósofa francesa Simone Weill. Um ano após sua formatura assistiu ao célebre seminário sobre Hegel ministrado por Martin Heidegger na Vila de Le Thor, na França³.

Durante a década de 1970 dedicou-se aos estudos da linguagem e do período medieval. Em 1986 Agamben se torna professor associado de estética pela Universidade de Macerata, na Itália, além de passar a dirigir o *College International de Philosophie*, em Paris, França.

Deixa o cargo de professor do *College* em 1993 e passa a lecionar estética na Universidade de Verona até 2003, quando começa a fazer parte do quadro docente da Faculdade de design e arte de Veneza; no mesmo ano também se torna *Distinguished Professor* pela Universidade de Nova York – renunciando ao cargo em protesto ao processo de biopolítica instituído pelos Estados Unidos por meio do *Homeland Security Act*.

Agamben produz um artigo para justificar a recusa, em 2004, intitulado “Não à tatuagem biopolítica”, publicado originariamente no jornal francês *Le Monde*. Atualmente o autor é detentor da cadeira intitulada Baruch Spinoza na *European Graduate School*.

1.2. No tocante ao projeto *Homo Sacer*

Fazendo um breve apresentação do projeto de Giorgio Agamben intitulado *Homo Sacer*, as obras que constituem o projeto totalizam nove ao todo, sendo elas sequencialmente: “*Homo Sacer*: poder soberano e a vida nua” (1995), “O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha” (1998), “O Estado de exceção” (2004); “O reino e a glória” (2007), “O sacramento da linguagem”

³ LEUTÉRIO, Alex Pereira. *Estado de exceção na obra de Giorgio Agamben: da politização da vida à comunidade que vem*. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Filosofia do Direito e do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 10.

(2008), “Altíssima pobreza” (2011); “Opus dei, II” (2012), “*Stasis: La guerra civil como paradigma político*” (2015) e “O uso dos corpos” (2017).

Seguindo “uma rede intrincada de referências de diversas correntes do pensamento do século XX”⁴ e abordando pensadores variados – Michel Foucault, Walter Benjamin, Hannah Arendt etc. – já na introdução da obra “*Homo Sacer, poder soberano e a vida nua*” o autor aponta estar produzindo-a com a intenção de refletir acerca da “sangrenta mistificação do planeta”⁵.

Fato é que o projeto *Homo Sacer* possui um campo extremamente fértil para investigação, conforme o autor retrata numa entrevista para Flávia Costa:

Quando comecei a trabalhar em *Homo Sacer*, soube que estava abrindo um canteiro que implicaria anos de escavações e de pesquisa, algo que não poderia jamais ser levado a termo e que, em todo caso, não poderia ser esgotado certamente em um só livro. Daí que o algarismo I no frontispício de *Homo Sacer* é importante⁶.

Terminologicamente o projeto se delinea nominalmente a partir da definição romana do *Homo Sacer* – figura arcaica do direito romano. Agamben percebe o *Homo Sacer* como um agente que tem a vida inclusa no ordenamento jurídico através da sua exclusão, algo a ser mais detalhado ao longo do presente trabalho.

1.3. Aspectos breves sobre a figura do *Homo Sacer*

De antemão é importante abordar que o *Homo Sacer* já havia sido apresentado na obra de Agamben intitulada *A linguagem da morte*⁷. O autor italiano aponta que este agente é essencial para compreender-se a política moderna e sua base de poder. Estes dois elementos tem uma relação direta com

⁴ PACIFICO, Amanda Cristina. *Giorgio Agamben: a condição da vida humana no estado de exceção*. 2018. 98p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018, p. 19.

⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 09.

⁶ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p.131.

⁷ Idem, p. 39.

a vida tida como nua, tanto em seu aspecto natural quanto em seu aspecto biológico.

Diferente do representado em Aristóteles⁸, Agamben percebe que na política moderna, por meio da distinção entre a *zoé* na *oikos* (apenas o fato de estar vivo⁹) e a *bios* na *pólis* (vida qualificada tanto em contexto individual quanto coletivo), tal distinção não é tão bem definida.

A vida nua estaria na intersecção da *zoé* com a *bios*. Assim como Arendt¹⁰, Agamben faz essa distinção clara entre os dois conceitos. O *Homo Sacer* passa a estar ligado a ela mediante um ponto de convergência entre ambos com a *zoé* – a vida natural –, na medida em que ela sai da *oikos* e volta-se à *pólis*, permeando numa zona de indistinção e funcionando como uma vida nua.

Ao não ser incluída na *pólis*, a vida nua torna-se um risco ao constructo social como um todo, encontrando-se permanentemente num estado de exceção; conforme aponta Castor:

O paradigma biopolítico originário através do qual a vida humana foi capturada pelo direito sob a forma da exceção. A exceção seria, então a categoria biopolítica originária que ameaça a vida através de uma exclusão inclusiva. Exclui a vida do direito incluindo-a em uma zona de anomia onde se encontrava totalmente vulnerável e pode ser controlada pela arbitrariedade da vontade soberana. Para Agamben, o direito mostra toda sua potência na exceção sobre a vida.¹¹

⁸ PACIFICO, Amanda Cristina. *Giorgio Agamben: a condição da vida humana no estado de exceção*. 2018. 98p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018, p. 41.

⁹ GONÇALVES, Hebe Signorini. “Sobre a morte, sobre a vida”. In: *Polis Psique*, Porto Alegre: Editorial, v. 6, 2006. Semestral. p. 78.

¹⁰ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p. 40.

¹¹ RUIZ, Castor M. Bartolomé. “A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (Re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben”. In: *Cadernos IHU*, São Leopoldo, ano 10, n. 39. 2012, p. 332.

A figura do *Homo Sacer* foi conservada, segundo Agamben¹², pelo autor Sexto Pompeu Festo, em sua obra *Sobre o significado das palavras*, conforme cita o próprio Agamben:

(...) ter tomado um fenômeno jurídico-político (a insacriçável matabilidade do *Homo Sacer*) por um fenômeno genuinamente religioso é a raiz dos equívocos que marcaram no nosso tempo tanto os estudos sobre o sacro como aqueles sobre a soberania.¹³

Indo além, Pompeu Festo diz que:

Homem sacro é, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que 'se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida'. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro.¹⁴

Essa figura que transita entre o mundo da política e o mundo jurídico é considerada também como uma das maiores penas possíveis no direito criminal de Roma e tem como raiz a Lei das XII Tábuas¹⁵ no período conhecido por Baixo Império Romano.

Com a definição de Pompeu Festo de *Homo Sacer* como homem sagrado, Agamben percebe aqui um dualismo inerente a essa figura: um ser que é insacriçável, porém matável. Isso não se configura inicialmente através de uma ambiguidade, mas de uma dupla exceção que, ao mesmo tempo, exclui num ponto e inclui no outro¹⁶.

¹² AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p.79.

¹³ Idem, p. 93.

¹⁴ Idem, p. 196.

¹⁵ PACIFICO, Amanda Cristina. *Giorgio Agamben: a condição da vida humana no estado de exceção*. 2018. 98p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018, p. 43.

¹⁶ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p. 37.

Cabe uma abreviada questão: quem era de fato o *Homo Sacer* em Roma? Para isso, existem diversas interpretações, sendo uma das mais aceitas a de que os patrícios¹⁷ – aqueles tidos como cidadãos de Roma e membros da sua elite – tinham com os plebeus – escravos libertados ou pessoas que perderam na guerra etc. – uma relação que envolvia direitos e obrigações.

Cabia aos patrícios garantir segurança, proteção etc. aos plebeus que estavam sobre seu jugo, mas sempre com o direito de possuir as melhores terras e serem de fato os detentores de direitos políticos. Quando os patrícios violavam o direito de seus plebeus, a eles poderia vir, como uma pena, a declaração de ser um *Homo Sacer*, perdendo a condição de um cidadão de Roma e condenado a viver eternamente nessa categoria¹⁸.

A figura do *Homo Sacer* advém então do direito romano antigo decorrente de um agente humano que tem imputada a ele uma espécie de sacralidade penal, o que é também compreendida como uma das condenações mais antigas do direito penal romano para uma corrente de pensamento¹⁹. Pode ser compreendido como aponta Castro:

Homo Sacer, essa “enigmática figura do direito romano arcaico” (p. 88), é precisamente o nome que recebe a vida que, por sua correlação com o poder soberano, ingressou nessa zona de indistinção.²⁰

Certo é que existe hoje uma divergência no que tange à interpretação moderna em relação a sua definição, com uns compreendendo ser essa noção sacra um resíduo da junção entre direito penal e religião²¹, já outros o entendendo como um arquétipo ligado aos deuses e simbolizando o ambíguo²².

¹⁷ SANTOS, Severino Augusto dos. *Jus Romanum*. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2005, p. 41.

¹⁸ VON IHERING, Rudolf. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Calvino Filho, 1934, p. 64.

¹⁹ GUARNIER, *apud* BENNETT, p. 32. BENNETT, Harold. *Sacer Esto*. In: *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, vol. 61, 1930, p. 5.

²⁰ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p.41.

²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 80.

²² *Idem*, p. 80.

Tais explicações demonstram-se insuficientes no que diz respeito à explicação destes traços²³ por não conseguirem demonstrar a razão de qualquer um poder matar o *Homo Sacer* sem cometer um sacrilégio ou ser contaminado.

Esse agente era, portanto, excluído do direito e da política da *pólis*²⁴. Uma questão que Agamben enfatiza é a do sagrado, onde a noção de *sacratio* toca o direito divino e faz do homicídio de um *Homo Sacer* não apenas não punível no direito humano, conforme podemos depreender do seguinte texto *ipsis litteris*:

a *sacratio* configura uma dupla exceção, tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*, tanto do âmbito religioso quanto do profano. A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana. (...) A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.²⁵

A questão do sagrado revela os limites da relação política que o homem se projeta, já que é intermediada pela violência e pelo poder remetido a uma experiência de cunho religioso²⁶. Indo além, Santiago Guerra Filho discorre a respeito do sagrado que:

Segundo Agamben, a estrutura da *sacratio*, de modo unânime, representa a conjunção de dois aspectos, a saber: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. De modo que o que define realmente a condição do *Homo Sacer* não é simplesmente a pretensa ambivalência originária da sacralidade, que lhe é inerente, mas, acima de tudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto, ou seja, a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele e que

²³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 80.

²³ Idem, p. 81.

²⁴ Ibidem, p. 79.

²⁵ Ibidem, p. 90.

²⁶ FILHO, Willis Santiago Guerra e GAMBERLLINI, Henrique Carnio. "Teoria Política do Direito. A expansão política do direito" In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2013, p. 89.

não é classificável, nem como sacrifício e nem como homicídio; nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio.²⁷

O *Homo Sacer* pode ser morto como um reflexo de sua capacidade passiva. Ao mesmo tempo em que este agente está cumprindo uma norma penal incriminadora que o incapacita a condição de não sacrificável, a ele é imposta a pena de ser sacrificável do ponto de vista do direito natural e também do direito divino.

Agamben entende que essa vida está situada entre uma “matabilidade e uma insacrificabilidade”²⁸. Essa conceituação esbarra numa barreira envolvendo o direito divino (*ius divinum*) e o direito humano (*ius humanum*). É preciso então analisar a questão da *sacratio* com certa autonomia em que há uma precedência no que diz respeito ao direito e a religião, ao que é sagrado e ao que é profano. É preciso adentrar no campo da sacralidade.

Acerca do tema, o filósofo Émile Durkheim na obra *As formas elementares da vida religiosa*²⁹, dedica um capítulo apenas sobre este tema, relatando que:

*Sin embargo, para que los gestos sean los mismos en los dos casos, es necesario que los sentimientos expresados no difieran en naturaleza. Y en efecto, hay horror en el respeto religioso, sobre todo cuando es muy intenso, y el temor que inspiran las potencias malignas no deja de tener generalmente algún carácter reverencial. (...) Lo puro y lo impuro no son pues dos géneros separados, sino dos variedades de un mismo género que comprende todas las cosas sagradas. Hay dos tipos de sagrado, uno fasto, el otro nefasto (...) Con lo puro se hace lo impuro, y recíprocamente. La ambigüedad de lo sagrado consiste en la posibilidad de esas transmutaciones.*³⁰

²⁷ FILHO, Willis Santiago Guerra e GAMBERLLINI, Henrique Carnio. “Teoria Política do Direito. A expansão política do direito”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2013, p.78.

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 81.

²⁹ DURKHEIM, Emile. *Las formas elementales de la vida religiosa*. Morena, México: Colofón, S. A, 2001, p. 638.

³⁰ Idem, p. 639-640. Tradução: “Sem dúvida os sentimentos que inspiram estas e aquelas não são idênticos: uma coisa é o respeito e outra a repugnância e o horror. Existe, na verdade, algo de horror no respeito religioso, sobretudo quando é muito intenso, e o temor que inspiram as

A figura do *Homo Sacer*, possuidora de traços contraditórios, e a categoria do sagrado entram em consonância na medida em que a última toma determinados contextos semânticos que a possibilitam de serem concebidas com significados opostos³¹. É preciso então avaliar também a questão do *sacratio* apresentado por Agamben.

1.4. A questão da *sacratio* em Agamben

Por trazer em si elementos contraditórios e reflexões de origem religiosa, o *Homo Sacer* traz consigo tal discussão. Estruturalmente a *sacratio* constitui-se no resultado da junção de dois fatores: impunidade da morte e exclusão do sacrifício. Neste primeiro aspecto, a questão da impunidade na morte é concebida como uma restrição ao direito humano, pois a ordem jurídica que coíbe o homicídio passa a ser suspensa. Aquele que comete o assassinato pode invocar a sacralidade como mecanismo de oposição ao que está a ele sendo imputado.

A sacralidade da vida se constitui, assim, mediante uma produção política ou como contraparte ao poder soberano. A referência utilizada por Agamben acerca do corpo do soberano é a obra *The King's Two Bodies: a study in medieval Political Theology* (1957) de Ernst Kantorowicz³².

O *Homo Sacer* é posto de fora do que pode ser considerado como jurisdição humana, sem com isso alcançar a jurisdição divina³³. A violência concebida a ele não constitui-se como um sacrilégio, não há ao atentar-se contra sua vida um descaso em relação as coisas sagradas.

potências malignas não é geralmente desprovido de algum caráter reverencial (...) O puro e o impuro não são portanto dois gêneros separados, mas duas variedades do mesmo gênero, que compreende as coisas sacras. Existem duas espécies de sagrado, o fasto e o nefasto. (...) Com o puro se faz o impuro e vice-versa: a ambiguidade do sacro consiste na possibilidade desta transmutação”.

³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 88.

³² CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p. 38.

³³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 89.

A definição da condição do *Homo Sacer* pode ser interpretada então como essa dupla exclusão e a violência a ele inerente³⁴. O seu homicídio não é considerado nem um assassinato e nem um sacrilégio – *impune occidi* – e aqui não há de se falar em ação profana. O agente é encontrado naquilo que passou a ser considerado a vida nua.

Esta vida nua pode também ser chamada de vida sacra e compreendida como o primeiro poder do soberano. Emerge da captura deste conceito o conceito de bando, onde aquele agente afastado acabava por se tornar um inimigo da comunidade e deveria ser totalmente destruído, assim como suas propriedades³⁵. Este termo serve para dois fatores: tratar da vida excluída da comunidade e apontar a insígnia do soberano.

Sacra é a vida no bando soberano e vida nua serve originariamente a ele. Neste sentido, todo homem é potencialmente *sacri* e *sacer* em relação ao soberano. A vida humana passa a estar então incluída na ordenação política. O sentido do *sacer* para o filósofo italiano pode então ser compreendido como um agente matável, alguém cuja violência é impetrada transcendendo o direito e o sacrifício³⁶.

O poder que o soberano possui relativo à vida ou à morte inicialmente apareceu no âmbito jurídico por meio da fórmula *vitae necisque potestas*, que designa o poder, não do soberano, mas do pai sobre os filhos homens, e tem por significado expressar “direito da vida e morte”, indicando que, no momento em que o pai reconhece o filho, a ele é dado o direito de poder de morte ou de vida, mas não dentro da jurisdição do direito de família – como seria pai e filha, marido e mulher etc. –, e sim de um cidadão livre perante o outro³⁷.

É importante aqui trazer uma comparação entre o *Homo Sacer* e outra figura singular: o *devotus*. Este agente consagra a vida aos deuses como maneira de salvaguardar a cidade num imanente perigo. Por meio disso, é possível compreender que ambas figuras estão voltadas para a morte e não

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 80.

³⁴ Idem, p. 90.

³⁵ Ibidem, p. 84.

³⁶ Ibidem, p. 93.

³⁷ Ibidem, p. 46.

pertencem aos homens, mas aos deuses³⁸. No fundo está-se simbolicamente diante de uma relação semelhante a do poder soberano.

O ponto está na compreensão da figura dicotômica do homicídio. Sendo a morte do *Homo Sacer* um não-homicídio ou a morte do *devotus* algo para além do homicídio pura e simplesmente: nos dois casos se está diante da morte de um agente que não é homicídio do ponto de vista jurídico³⁹. Uma maneira encontrada por Agamben para explicar essa relação é:

Tudo acontece como se os cidadãos varões devessem pagar a sua participação na vida política como uma incondicional sujeição a um poder de morte, e a vida pudesse entrar na cidade somente na dupla exceção da matabilidade e da insacrificabilidade.⁴⁰

Aqui se mostra a zona de distinção envolvendo “nem *bíos* político nem zoé natural, a vida sacra é a zona de distinção na qual (...) estes se constituem mutuamente”⁴¹.

Atento a outra questão, o filósofo italiano aponta apresenta ainda figura próxima ao *Homo Sacer* na antiguidade germânica e escandinava. Conhecido como *Wargos* – homem-lobo –, *Friedlos* – sem paz, *Loup Garous* – lobisomem, dentre outras palavras, esse agente apresentava-se como uma espécie de híbrido humano que não pertencia nem aos campos e nem ao ambiente citadino. Trata-se de algo que não pode ser considerado nem um homem e nem uma fera. Essas figuras foram associadas ao *Homo Sacer* primeiramente pelo jurista alemão Rudolf von Jhering na obra *O espírito do direito romano* (1886)⁴².

É sob essa perspectiva que retomaremos a seguir o que Thomas Hobbes compreende na sua teoria sobre o estado de natureza⁴³.

³⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 80.

³⁸ Idem, p. 80.

³⁹ Ibidem, p. 109.

⁴⁰ Ibidem, p. 91.

⁴¹ Ibidem, idem.

⁴² Ibidem, p. 103.

⁴³ Ibidem, p. 112.

O estado de natureza aqui pode ser entendido não como um período cronológico, mas como um princípio ordeiro, na medida em que Hobbes funda a soberania mediante a supressão do *homo homini lupus*.

O estado de natureza, em Hobbes, passa a ser compreendido não mais como uma guerra de todos contra todos, mas como a condição em que todo os agentes, em certa medida, são *Homo Sacer*, são vida nua, *Wargus*, *Lupinum*⁴⁴. Ambas as figuras fazem menção a quem era o bandido em suas respectivas comunidades.

A teoria do estado de natureza hobbesiano fundamenta-se não na cessão de liberdade, mas na conservação do soberano de fazer o que quiser com quem quiser, conforme indica o filósofo inglês:

(...) os súditos não deram este direito ao soberano, mas apenas, ao abandonar os próprios, deram-lhe o poder de usar o seu no modo que ele considerasse oportuno para a preservação de todos; de modo que o direito não foi dado, mas deixado a ele, e somente a ele.⁴⁵

Aos súditos cabe então não a possibilidade de desobedecer, mas de resistir a violência a ele perpetrada. Sob essa chave de leitura, podemos afirmar que violência do poder soberano fundamenta-se não pelo pacto, mas pela inclusão exclusiva da vida nua no Estado. Propomos compreender assim o mito da fundação da sociedade moderna como fundamental para perceber que o estado de natureza é uma espécie do estado de exceção.

Mudando de registro e voltando a Agamben, a noção de um agente compreendido como *Homo Sacer* – matável e insacrificável – pode ser encontrado com o povo hebreu e o holocausto nazista do século XX. A morte dos membros dessa comunidade não se constituía nem como execução e nem

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 80.

⁴⁴ Idem, p. 112.

⁴⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner, p. 263.

como sacrifício, mas apenas como a realização de uma espécie de matabilidade⁴⁶. É o que pode-se perceber no seguinte trecho de Agamben:

(...) os hebreus não foram exterminados no curso de um louco e gigantesco holocausto, mas literalmente, como Hitler havia anunciado, "como piolhos", ou seja, como vida nua. A dimensão na qual o extermínio teve lugar não é nem a religião nem o direito, mas a biopolítica.⁴⁷

O extermínio formou-se nesse contexto não pelo uso da religião ou do direito, mas pela biopolítica. A sacralidade, por sua vez, foi deslocada e abarca uma área mais vasta, coincidindo com a vida dos cidadãos como um todo. Não existindo mais a figura de um predeterminado homem sacro, virtualmente todos os humanos são atualmente *Homines Sacri*, sendo tal condição a constituinte da atual existência política⁴⁸.

⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 121.

⁴⁷ Idem, idem.

⁴⁸ Ibidem, p. 91.

2. Apresentação introdutória ao conceito de Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs

A tese intitulada Direito Penal do Inimigo foi formulada pelo jurista alemão Günther Jakobs em sua obra “*Direito Penal do Inimigo*” (1985) e representa uma teoria jurídica relativamente recente. O que foi concebido inicialmente como crítica pelo autor passa a, em 1999, uma tese por ele defendida e, com os ataques terroristas que ocorreram em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001, ganha contornos de legitimação e justificação.

A teoria visa conceber um paradigma no campo da ciência criminal a fim de responder um tipo até então sem tanto destaque nas análises referentes à criminalidade: a figura do “terrorista”. Não significa ser voltado unicamente para esses criminosos, como será abordado no presente trabalho um pouco mais à frente.

Inicialmente é imperioso enfatizar que a prática voltada à diferenciação entre os indivíduos que devem ser tratados de maneira diferente no âmbito penal não é nenhuma novidade, como apregoa o jurista argentino Raúl Zaffaroni em sua obra “*La legitimación del control penal de los ‘extraños’*”⁴⁹.

A concepção de uma repressão plural no que tange ao direito penal está ensejada numa discussão jus-filosófica presente ainda na Grécia antiga, tanto na obras de Platão (identificando o infrator como pessoa inferior e incapaz de ascender ao mundo das ideias) quanto na de Protágoras⁵⁰, continuando na Idade Média e no período moderno.

Tendo em vista que essa diferenciação teórica entre diversos direitos penais a serem aplicados mediante o questionamento de “para quem será o combate”, o criminólogo argentino Raúl Zaffaroni atesta que “*la propuesta de Jakobs es de la más absoluta buena fe, pues cuando propone distinguir un*

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, mimeo, p. 1. Tradução: “a legitimação do controle penal dos ‘estranhos’”.

⁵⁰ Cf. CARVALHO, Thiago Fabres de. “O direito penal do inimigo e o *homo sacer* da baixada” *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Espírito Santo: v. 5, n. 5, 2006. Semestral., p. 210.

*derecho penal del ciudadano y otro para el enemigo, lo hace imaginando que ambos funcionen en un estado de derecho*⁵¹, mesmo que isso seja apontado como uma espécie de contradição para alguns autores⁵².

Existe uma distinção entre o que é compreendido como Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, que implica uma subdivisão de dois pólos num mundo só. Uma das facetas mais problemáticas inerentes a esta subdivisão está na consideração de quem seria propriamente considerado “o inimigo”⁵³ – Jakobs indica ser encontrado na figura dos terroristas, criminosos econômicos, autores de delitos sexuais etc.⁵⁴

O autor alemão nota que pode embasar suas ideias com base, dentre outros, nas proposituras do filósofo francês Jean Jaques Rousseau⁵⁵, quando o mesmo teoriza que, ao cometer-se um crime, o agente está violando o próprio contrato social, deixando então de estar inserido na ordem jurídica em vigor e passando a imperar contra ele um sentimento de guerra em contraposição à sociedade – citando o autor inglês Thomas Hobbes: “*morir más como enemigo que como ciudadano*”⁵⁶. Indo além, o próprio *status* de cidadão é algo que poderia ser tangível e perdível.

O jurista apresenta ainda a noção distinta da proposta por Rousseau referente ao contrato social que está contida na obra de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, que entendem inimigos apenas aqueles que cometem alta traição ou arbitram pela renúncia ao regime de direito, como é afirmado em sua obra:

51 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, mimeo, p. 2. Tradução: “a proposta de Jakobs é da mais absoluta boa-fé, pois quando propõe distinguir um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo, o faz imaginando que ambos funcionarão num estado de direito”.

52 JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 16.

53 CARVALHO, Thiago Fabres de. “O direito penal do inimigo e o *homo sacer* da baixada” *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Espírito Santo: v. 5, n. 5, 2006. Semestral, p. 215.

54 JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 39.

55 *Idem*, p. 28.

56 *Ibidem*, *idem*.

Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, Hobbes e Kant conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio⁵⁷.

O que Jakobs acaba trazendo é a concepção em que, enquanto o direito penal comum mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo está encarregado de combater os perigos⁵⁸. Este tipo de tratamento se justifica pelo fato de que, ao renunciar ao contrato social, o agente perde os benefícios inerentes a uma pessoa, retornando ao estado de natureza.

É o que pode ser percebido nas palavras do autor:

quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona⁵⁹.

É importante ressaltar que o autor apresenta sua linha argumentativa baseado na boa fé onde é preciso notar que ainda que haja uma distinção entre formas de tratamento, pelo qual o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo estariam embasados no interior de um Estado de Direito respeitando as garantias estruturais do funcionamento da sociedade.

A questão do direito penal em Jakobs pode ser compreendida como a imagem que se biparte tendo em vista o autor. Ele pode ser percebido ou como um cidadão, enfrentando a esfera privada do direito penal, ou como inimigo,

⁵⁷ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 33. Tradução: “Hobbes despersonaliza ao réu de alta traição, pois também este nega por princípio a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant reconhecem um Direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente, por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio”.

⁵⁸ Ibidem, p. 34.

⁵⁹ Ibidem, p. 43. Tradução: “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoa, não apenas não pode esperar ser tratado como uma pessoa, como o estado não deve trata-lo como uma pessoa”.

concebido como verdadeira fonte de perigo a quem pode se penalizar, inclusive por seus pensamentos⁶⁰.

Ao livrar-se daquele a quem for considerado essencialmente uma não-pessoa e neutralizando uma fonte de perigo, se estaria numa situação tal qual a inerente ao ataque de um animal selvagem⁶¹. É o que pode-se compreender nas palavras de Jakobs:

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo⁶².

2.1. Exposição sucinta sobre a obra *Direito penal do inimigo*, de Günther Jakobs

Tratando da concepção de limitação envolvendo o direito em relação ao vínculo entre os indivíduos, o autor alemão defende que nem todas as condutas das pessoas podem ser enquadradas num determinado esquema normativo. Existe um agente degenerado de tal forma que a ele dá-se a conotação de inimigo, conforme fica claro na citação abaixo:

Si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal – determinado por derechos y deberes –, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo

⁶⁰ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 53.

⁶¹ Ibidem, p.41.

⁶² Ibidem, p. 47. Tradução: Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um determinado comportamento pessoa, não apenas não pode esperar ser tratado como pessoa, se não que o Estado não deve trata-lo como uma, já que do contrário tornaria vulnerável o direito a segurança das demais pessoas. Para isso, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se denominou Direito Penal do Inimigo.

*interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo*⁶³.

Mediante uma citação a Kant, Jakobs percebe que existem determinados agentes que não estão constituídos dentro de uma constituição civil. Defendendo a subdivisão entre os direitos, com o Direito Penal do Cidadão de um lado em contraposição ao Direito Penal do Inimigo do outro, cada uma delas possuiria um tratamento específico em relação ao agente a quem propõe-se punir:

*(...) es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros*⁶⁴.

O que convencionou-se chamar Direito Penal do Inimigo pretende apresentar não uma noção pejorativa do direito, mas a indicação que a pacificação social encontra elementos insuficientes para dirimir todos os conflitos inerentes a este período histórico. Para Jakobs é necessário formular um contingente normativo que visa tratar o intitulado inimigo através de um comportamento baseado em regras e não através da espontaneidade ou impulsividade.

A pena no direito penal possui um caráter para alguns autores de coação em relação ao agente que pratica determinada ação. Ao agir racionalmente de determinada maneira a confrontar a norma, isso significará que a própria norma está sendo atacada, com a pena apenas reagindo ao ataque. Nesse sentido, a pena é voltada ao indivíduo que demonstra certo nível de perigo.

⁶³ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 16. Tradução: “se já não existe a expectativa séria, que tenha efeitos permanentes de direcionar a conduta, de um comportamento pessoal – determinado pelos direitos e deveres –, a pessoa se degenera até converter-se num mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Ele significa, para o caso da conduta cognitiva, a aparição do indivíduo perigoso, do inimigo”.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 24. Tradução: “(...) é perfeitamente possível que essas tendências se sobreponha, é dizer, que se solape aqueles conduzidos a tratar o autor enquanto pessoa e aqueles outros dirigidos a tratar-se como fonte de perigo ou meio de intimidação dos outros”.

Jakobs defende⁶⁵ que deve ser aplicado ao Direito Penal do Inimigo não uma pena nos moldes anteriores, mas uma medida de segurança focada não mais em uma pessoa comum e sim num indivíduo perigoso que responde não ao Direito Penal do Cidadão, mas ao Direito Penal do Inimigo.

A noção de Direito como elemento de junção entre direitos e deveres não é a mesma a ser utilizada no relacionamento com aquele a quem denominou-se chamar de inimigo. Aqui impera a lógica de coação, funcionando por meio dela, que possui, em maior escala, o direito penal como *ultima ratio*.

Para isso Jakobs embasa sua argumentação fazendo o escrutínio de diversos autores, tanto do campo jus-filosófico, como também, como reportado acima, dando atenção maior aos contratualistas. Citando inicialmente Rosseau, o autor rememora que, num dos trechos do filósofo francês, ele traz a noção que:

*cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir, más como enemigo que como ciudadano*⁶⁶.

Tal argumentação encontra semelhança quanto ao que Fichte aborda em sua teoria, segundo Jakobs, quando afirma:

*quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos*⁶⁷.

⁶⁵ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 26.

⁶⁶ Ibidem, p. 28. Tradução: “Qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se fala em guerra contra ele, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência reza assim: ao culpado se imputa a morte, mais como um inimigo do que como um cidadão”.

⁶⁷ FICHTE, “Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre”, *Samtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre, tomo primero, si, p. 260 *apud* JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 28. Tradução: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que o contrato se contava com sua prudência seja de maneira voluntária ou por

Fichte pensa que, uma vez dado ao agente ter perdido sua personalidade, a ele é executada a condenação criminal como instrumento de seguridade e não como apenas pena.

Ambos os autores abordam não mais que abstratamente, de acordo com Jakobs, a separação entre indivíduo e direito. O indivíduo delinquente deve ser mantido na esfera do direito por diversas razões – poder retornar ao seio social, ter seu *status* de cidadão intacto, reparar de alguma forma o infringido, não podendo ser extirpado arbitrariamente da sociedade.

Por sua vez, Thomas Hobbes⁶⁸ avalia o criminoso como pertencente ao rol de cidadão de onde não é possível retirá-lo por si só. A situação, por sua vez, é modificada em relação aos que são rebeldes ou traidores, conforme o filósofo inglês aponta:

a natureza desta ofensa consiste na renúncia à sujeição, que é um regresso à condição de guerra a que vulgarmente se chama rebelião, e os que assim ofendem não sofrem como súditos, mas como inimigos⁶⁹.

Existem duas concepções relativas ao que os três filósofos citados acima detém no que tange aqueles que praticam delitos. Os dois primeiros – Fichte e Rousseau – entendem que todo delinquente, por si só, seria uma espécie de inimigo, enquanto que Hobbes avalia serem inimigos de fato apenas os considerados como traidores.

O filósofo alemão Immanuel Kant utiliza o modelo contratualista como forma de fundamentação e limitação do poder estatal e aponta a discussão aqui proposta neste trânsito entre o estado natural e o estado estatizado tal qual é

imprevisão, no sentido estrito, se perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos humanos.

⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Marlins Fontes. São Paulo, 2003, p. 263.

⁶⁹ Idem, p. 269.

conhecido desde então⁷⁰. Fica a cargo do soberano a possibilidade de exercer, ou não, a violência – o *ius contra omnes*.

Em sua construção, Kant compreende que toda pessoa pode obrigar outra a entrar naquilo denominado constituição cidadã⁷¹. Emerge daí o questionamento: o que deve ser feito a quem não consente ser inserido nessa constituição? Na obra “*À paz eterna*”, Kant dedica um trecho a essa discussão – acerca da possibilidade de proceder legitimamente de modo hostil a outro homem –, conforme pode ser percebido abaixo:

Supõe-se comumente que não se pode proceder de forma hostil contra ninguém exceto só quando ele me tenha já lesado de fato, e isto é também inteiramente correto se ambos se encontram num estado civil-legal. Com efeito, por este ter ingressado no mesmo estado proporciona àquele (mediante a autoridade que possui poder sobre ambos) a segurança requerida. Mas o homem (ou o povo), no simples estado de natureza, priva-me dessa segurança e já me prejudica em virtude precisamente desse estado, por estar ao meu lado, se não efetivamente (*facto*), pelo menos devido à ausência de leis do seu estado (*statu iniusto*), pela qual eu estou constantemente ameaçado por ele; e posso força-lo a entrar comigo num estado social legal ou a afastar-se da minha vizinhança⁷².

Pode-se constatar algo apresentado por Kant. Aquele que nega-se a estar inserido num estado constituído, e por ele é expelido, deve ser tratado não mais como uma pessoa, mas sim como um inimigo⁷³. Essa conceituação guarda estrita similaridade ao que Hobbes vem a propor em relação ao tratamento aos réus de alta traição.

⁷⁰ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães, p. 43.

⁷¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Editora Vozes C/C Universitária São Francisco, 2013. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadaí, Diego Kosbiau e Monique Hulshof, p. 118.

⁷² KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior, 2008. Tradução: Artur Morão, p. 9-10.

⁷³ Kant, Immanuel. *À paz perpetua, Werke* (nota 5), tomo 8, pp. 42 *apud* JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 32.

Jakobs⁷⁴ aponta, nos dois autores percebe, uma diferenciação entre o Direito Penal do Cidadão – onde pratica-se um crime de forma não persistente, não por princípio – e o Direito Penal do Inimigo – onde o crime é praticado por uma questão principiológica. No primeiro caso o sujeito segue sendo uma pessoa, enquanto que, na segunda possibilidade, se ganhará um outro contorno.

Isso ocorre porque o Estado tem direito a resguardar-se, seja em relação àqueles indivíduos que persistem nas práticas criminosas, seja por parte daqueles que podem exigir do Estado que tome as medidas adequadas, no que Hobbes vai expressar na máxima encontrada na obra *Leviatã* como “*finis oboedientiae est protect*”⁷⁵, significando que o fim da obediência é a proteção. Nesse sentido, o Direito Penal do Cidadão foca na vigência normativa, enquanto que o Direito Penal do Inimigo foca no combate ao perigo.

Os delitos, tal como são conhecidos, são possíveis numa sociedade ordenada, da mesma maneira que pode determinar-se o sentido oposto. Exemplificando, um sobrinho, ao cometer o assassinato de seu tio visando a sua herança, comete o crime de homicídio. Com isso o Estado em si não está a sucumbir perante esse crime do exemplo, porque o feito não se dirige propriamente à existência estatal nem contra as suas instituições de maneira deliberada.

Pode ser extraído do exemplo anterior que o agente homicida o fez visando acolher-se naquilo que o Estado apresenta com relação à propriedade privada em contraposição ao direito de vida. Tal mundo onde essa equivalência prepondere em relação ao direito de posse, em teoria, é inconcebível⁷⁶.

Isso se dá precisamente por haver um contexto normativo que regula o funcionamento da sociedade como um todo, onde é esperada que as condutas da população estejam de acordo com as normas ali vigentes – ao menos as

⁷⁴ Idem, 2006, p. 33.

⁷⁵; HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner, p. 17.

⁷⁶ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 36.

normas de maior preponderância⁷⁷. É neste sentido que Kant argumenta que qualquer um pode obrigar outrem a se inserir numa constituição cidadã⁷⁸.

Em relação à espera do cumprimento das normas por parte de todos os agentes da sociedade, Jakobs entende que existem alguns delitos que, ao serem descumpridos, acabam por defraudar de tal forma essa expectativa que acabam invalidando o tratamento dado aquele descumpridor:

el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación – denominada abiertamente de este modo – de lucha, por jemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas⁷⁹.

Essa invalidação passa justamente pelo grande indício de dispersão do direito e do seu contexto normativo, onde o autor não demonstra ter características mínimas que garantam o tratamento jurídico dado a uma pessoa tida como “comum”⁸⁰. Essa concepção guarda semelhança com aquilo apontado por Kant⁸¹ ao diferenciar o estado de cidadania e o estado de natureza. Para salientar este tratamento do ponto de vista jurídico Jakobs assevera:

Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo, um ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más

⁷⁷ Idem, p. 38.

⁷⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Editora Vozes C/C Universitária São Francisco, 2013. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof, p. 118.

⁷⁹ Günther JAKOBS, p 40. Tradução: “o legislador (por permanecer inicialmente no âmbito do direito material) está passando numa legislação – denominada abertamente desse modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso dos delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”.

⁸⁰ Idem, p. 40.

⁸¹ KANT, Immanuel, À paz perpetua, *Werke* (nota 5), tomo 8, pp. 42, Ibidem, *apud* JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 31.

*reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio*⁸².

Surge então a real necessidade de contextualizar quem seria o cidadão e, em contrapartida, quem seria o inimigo. O Estado deve proceder de maneiras distintas com o intuito de fazer essa distinção. Como cidadão deve ser enxergado aquele delinquente que cometeu um determinado erro, enquanto que, como inimigo, o tratamento é dado ao agente que visa à destruição do ordenamento jurídico.

O autor alerta⁸³ que essas duas perspectivas devem ser utilizadas com cautela no intuito de não haver equívoco ante sua aplicação. Certo é que, para Jakobs, aquele que não presta segurança suficiente em relação ao seu comportamento de adequação social não deve ser tratado pelo Estado como uma pessoa, já que isso violaria o direito de segurança dos demais cidadãos, entendendo o jurista alemão estar em consonância ao proposto por Kant⁸⁴ na sua tese sobre os inimigos citada acima.

Emerge uma questão inerente ao direito penal, a de diferenciar a situação de um cidadão e a de um inimigo, no que se refira ao ordenamento jurídico e à acumulação de alíneas do Direito Penal do Inimigo dentro do Direito Penal do Cidadão. Para ilustrar, o Código Penal da Prússia de 1851 e o Código Penal do *Reich* de 1871 não possuíam a criminalização dos atos preparatórios do delito.

Quando um estrangeiro se ofereceu perante as autoridades eclesiásticas para matar, mediante pagamento, o chanceler Otto Bismarck, foi

⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 43. Tradução: “Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, quem atua sozinho e começa a ser punido quando se dispõe imediatamente a realizar o delito, um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado a cabeça ou mandante (independentemente do que é e do que seja) de uma associação terrorista, o que alcança uma pena levemente mais reduzida que aquele que responde por uma tentativa de homicídio”.

⁸³ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 47: “*Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas*”. Tradução: “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não apenas não pode esperar ser tratado como uma pessoa, como o Estado não deve trata-lo como uma pessoa, já que do contrário deixaria vulnerável o direito a segurança das demais pessoas”.

⁸⁴ *Ibidem*, p 48.

inserido na legislação um preceito que criminalizava também os atos de preparação de delitos tidos como gravíssimos. O exemplo é ilustrativo no sentido de acréscimo a um determinado dispositivo jurídico.

Este raciocínio em referência ao exemplo acima está de acordo com Jakobs⁸⁵, quando propõe a tese de que, como ponto de referência, não é o perigo que um inimigo pode chegar a ser, mas sim o ataque que determinado autor está fazendo num determinado momento em que sua conduta põe em risco a própria segurança pública. A legislação passou a punir não apenas o dano, mas também o próprio perigo de dano.

Esse tipo de regulação é própria do que pode ser concebido nas palavras do autor como Direito Penal do Inimigo:

Lo que en el caso de los terroristas – adversarios por principio – puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de cualquier delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo – la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación – es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al – presunto – terrorista, en el primero, cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor, de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo⁸⁶.

Parte-se então da análise proposta pelo autor – só é pessoa quem oferece uma capacidade mínima comportamental. Dessa contestação, não

⁸⁵ Ibidem, p. 49.

⁸⁶ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 49-50. Tradução: “O que no caso dos terroristas – adversários por princípio – pode ser adequado, no sentido de, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo e do dano na vigência da norma já presente, muda aqui no caso de uma planificação de qualquer delito, por exemplo, de um simples roubo. O Direito Penal do Inimigo superfluo – a ameaça de pena desorbitada que carece de uma justificação – é mais danosa para o Estado de Direito que, por exemplo, a comunicação antes mencionada, pois nesse último caso, não se trata apenas de uma pessoa – alegada – terrorista, em que primeiro, qualquer autor de um delito no sentido técnico e aquele que induz, de maneira que uma grande parte do Direito Penal do Cidadão se mistura ao Direito Penal do Inimigo”.

exclui-se o ordenamento jurídico em si mesmo, devendo ter uma existência real e não meramente ideal.

Atualmente existe uma corrente jusfilosófica que enxerga um ordenamento jurídico vinculante no globo onde a violação de direitos humanos fundamentais são intoleráveis, independentemente de onde eles ocorram – como nos exemplos do Tribunal para antiga Iugoslávia em Haia, o Estatuto de Roma ou o Código Penal Internacional.

Dito isso, é perceptível que apenas alguns estados – normalmente ocidentais – reivindicam a existência de direitos humanos num contexto global, o que contradiz o que muitos deles radicalmente fizeram ao longo do período histórico atual⁸⁷.

Em todo caso, seja na violação aos direitos humanos em qualquer lugar do globo, seja num determinado delito praticado no Estado, o agente criminoso se dirige tanto contra uma norma de caráter proibitivo quanto contra sua vigência, tendo-se como consequência uma determinada pena.

Diante do monopólio da violência estatal, uma ordem estabelecida em termos gerais está sendo violada em caráter individual. O autor da violação estará submetido ao Estado, podendo ocorrer até mesmo antes da prática delitiva. É semelhante ao que Kant formula em sua obra *À paz perpétua*: “‘estado comunitário-legal’ a autoridade tem poder tanto em relação ao autor quanto a vítima”⁸⁸.

Isso ocorre para que haja uma certeza em relação ao sentimento de segurança que o Estado oferece ao indivíduo que nele está inserido, ocorrendo a produção de uma determinada ação que não vai necessariamente calcular a capacidade cognitiva, podendo no entanto avaliar a imputação cabível ao autor e qual fora sua violação.

A situação acima é diferente, no que diz respeito à vigência dos direitos humanos, no contexto global, na medida em que, para Jakobs⁸⁹, não é possível

⁸⁷ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 52.

⁸⁸ KANT, Immanuel, *À paz perpétua*, *Werke* (nota 5), tomo 8, pp. 42, *apud* JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 52.

⁸⁹ *Idem*.

dizer que existe uma real vigência do Direito, mas apenas de postulados de realização. Estes postulados podem estar devidamente fundamentados, mas não implicam sua necessária realização, da mesma maneira que determinada pretensão de caráter cível será realizada só por estar fundamentada *per si*.

As medias aplicadas neste contexto não podem⁹⁰ ser consideradas como mantenedora do intitulado “estado comunitário-legal”, mas como um mero acordo prévio, um estabelecimento. Como o estado que antecede o “comunitário-legal” é o estado de natureza, não existe uma figura que garanta a personalidade já que ela não existe nele.

Essa situação também se insere aos autores que violam os direitos humanos, já que por não oferecerem segurança suficiente enquanto pessoas, contra eles está permitido tudo o que é necessário para assegurar o “estado comunitário-legal”.

A mesma ótica pode ser notada, em outro contexto, no contexto de guerra, onde não é a polícia quem executa as detenções. Ao ser executada a prisão, atualmente, ela passa a vigorar com base no Direito Penal e Processual Penal. Jakobs defende⁹¹ essa separação quanto à criação de uma ordem do direito a fim de tratar especificamente de casos que coloquem em risco o próprio contexto social, conforme pode ser percebido no trecho:

no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial comunitario-legal, habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo⁹².

⁹⁰ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 53.

⁹¹ Idem, p. 54.

⁹² Idem, ibidem. Tradução: “Não me dirijo aos direitos humanos com vigência universal, mas entendo que seu estabelecimento é algo distinto que sua solidificação. Se serve ao estabelecimento de uma constituição mundial legal-comunitária, há que se castigar aqueles que violam os direitos humanos, mas isso não é uma pena contra as pessoas culpadas, mas contra os inimigos perigosos e por isso deveria chamar-se como seu nome: Direito Penal do Inimigo”.

2.2. O Direito Penal do Inimigo no combate ao terrorismo

Jakobs em sua obra abre o questionamento⁹³ se seria possível conceber um direito penal como arma numa guerra contra o terror e percebe que alguns traços do que pode ser uma resposta afirmativa estavam presentes já em 1986, na “Lei para luta contra o terrorismo”, e também na reforma por ela sofrida em 2003.

Ao denominar como “luta” ou “guerra” para além do significado das palavras e utilizando-as como conceitos, o fato de haver uma “guerra” ou uma “luta” implicaria um adversário ou um inimigo contra alguém ou algo a quem deve se proceder.

É perceptível que a legislação pretende combater não o terrorista enquanto indivíduo, mas sim o terrorismo em seu aspecto geral. No entanto, ao utilizar-se da lei, do direito penal e da pena, ele não será aplicado de maneira abstrata, sendo utilizada contra um agente concreto que, na prática, é o terrorista. Nesse sentido se pretende combater o terrorismo num conjunto, funcionando a pena como elemento policialesco.

Aqui é importante enfatizar: luta ou guerra como palavra ou como conceituação? Nota-se, nas legislações antiterror⁹⁴, preceitos contrários e combativos à criação de células ou associações terroristas, seja no território em que a legislação está em vigor, seja no estrangeiro.

Para tomar como exemplo é interessante o caso da legislação alemã, que previa que, para os atos preparatórios de terror, a pena seria de três a cinco anos de prisão a serem cumpridos num regime fechado. Após 1943, houve uma mudança e se passou a punir os atos preparatórios de terror como se tivessem ocorrido efetivamente, diminuindo uma parcela ínfima.

⁹³ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 59.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 60-61.

O importante aqui é perceber que apenas o direito penal⁹⁵ consegue transmutar os autores destas associações em autores de fato e os neutralizar. O fato é que o direito penal estaria contaminado por elementos jurídico-policiais, sendo necessário avaliar então se, ao lidar com terroristas ou outros agentes que cometem crimes similares, tal peculiaridade que envolve alguns atos criminosos demandam que essa contaminação seja necessária. É preciso então avaliar inicialmente a vigência do direito penal dentro do Estado de Direito.

Verdade é que o Estado de Direito e o ordenamento jurídico não existem *per sí*, sendo a segurança dos bens e a vigência do ordenamento a metade de um todo, com o resto composto pela união destes dois elementos. É perceptível que quanto mais custa um bem, mais seguro ele está – deixar de ir em alguns lugares com medo de assalto, trancar a bicicleta ao deixa-la sozinha no mercado etc.

Ocorre que o Estado de Direito não possui condições fáticas de quebra massiva nas normas, já que tanto a investigação quanto a imposição das respectivas penas são recursos escassos como um todo. Dentro da vigência real do ordenamento jurídico está implícito um apoio cognitivo à norma.

Esse apoio parte não da imposição estatal⁹⁶, mas do próprio cidadão que orienta-se com base nos preceitos do direito. Essa atitude reflete até mesmo quando o cidadão comete um delito, já que a sociedade compreende que o agente, geralmente, não abdicou totalmente de um comportamento eivado no direito. Uma vez entendido que a conduta não foi adequada, o próprio indivíduo após a execução da pena volta a cumprir fielmente o ordenamento jurídico em grande parte dos casos.

Ocorre que a expectativa de um comportamento tido como correto não pode ser depreendido de maneira ilimitada, já que o Estado deve buscar também a vigência material do direito. Em Jakobs⁹⁷, essa expectativa é perdida quando o indivíduo deixa de orientar-se por ela.

⁹⁵ Ibidem, p. 62.

⁹⁶ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 65.

⁹⁷ Ibidem, p. 66.

Isso não significa dizer que a orientação é dissolvida, mas é o cumprimento do dever de orientar-se conforme a legislação que passa a ser quebrado, deixando de existir a perspectiva de que o agente se comportará de maneira orientada ao disposto na legislação.

Exemplificando, Jakobs⁹⁸ cita que, ao descobrir que um tesoureiro reiteradamente pratica delitos, dificilmente os profissionais do ramo vão encarregá-lo novamente de cuidar de uma tesouraria. O fraudador tende a ser excluído do círculo social referente àqueles que cuidam de tesouraria. A expectativa de cumprimento da norma dá lugar ao campo da cognição.

A presunção de cumprimento de determinada conduta é uma das bases sociais que mantém o Direito como um todo, tal qual a perspectiva kantiana relativa ao estado civil⁹⁹, já que, só através dela, há um tratamento livre em relação aos cidadãos da sociedade quando avaliado um todo.

Jakobs entende¹⁰⁰ que, no direito, todo ser humano tem de ser tratado como pessoa apenas em parte, já que a formulação deve ser estruturada da seguinte forma: “*todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como person*”¹⁰¹. Isso porque não basta ocupar-se da análise normativa, mas faz-se necessário avaliar também a condição material do Direito.

Com isso, a finalidade de privar a liberdade daquele que está envolvido em ato terrorista é diferente a finalidade de privar a liberdade do delinquente, cujos atos não guardam similaridade com atos de terror. Normalmente a pena tem um caráter de indenização forçosa do agente criminoso, se adequando ao fato que o indivíduo tenha cometido.

Esse modelo, no entanto, demonstra ser insuficiente quando o adversário passa a ser não mais o criminoso comum, mas (dentre outros casos)

⁹⁸ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 67.

⁹⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Editora Vozes C/C Universitária São Francisco, 2013. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof, p. 25.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 68.

¹⁰¹ Idem, p. 68. Tradução: “Todo aquele que presta fidelidade ao ordenamento jurídico com certa fidelidade tem direito a ser tratado como pessoa”.

o terrorista. A proteção deve ser compensada também através da seguridade cognitiva.

Nesse sentido, um direito penal focado na figura do terrorista tem mais possibilidade de garantir a vigência do ordenamento jurídico como um todo na defesa frente a um risco. É aqui que a “luta” passa a ser empregada de fato contra o inimigo.

2.3. Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Até o início do presente século, houve pouca discussão relativa ao que o autor alemão veio a propor em sua teoria, ainda que tenha ocorrido aceitação por parte de alguns juristas¹⁰². Verdade é que, até os anos 2000, o Direito Penal do Inimigo passou praticamente despercebido.

Alguns autores atualmente apontam a teoria proposta por Jakobs como um exemplo do que pode ser compreendido como direito penal do autor, focado em quem o agente é em contraponto ao direito penal do fato, que visa punir aquilo que o agente efetivamente veio a fazer¹⁰³. Exemplo clássico está na punição aos agentes nazistas que focou especificamente em alguns grupos de delinquentes.

Na primeira década do século XXI afloraram diversas discussões que envolviam indiretamente o tema¹⁰⁴, mas uma em especial foi a retirada do status dos indivíduos e até que ponto essa retirada não embocaria num retorno a ideais nacional-socialistas e acabaria por repercutir-se num terrorismo estatal¹⁰⁵. Criticou-se a noção belicista no direito penal e a imprecisão do Direito Penal do

¹⁰² GRECO, Luís. “Sobre o chamado direito penal do inimigo”. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes*, Rio De Janeiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes, n. 7, dez. 2005, p. 11.

¹⁰³ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 59 e ss.

¹⁰⁴ GRECO, Luís. “Sobre o chamado direito penal do inimigo”. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes*, Rio De Janeiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes, n. 7, dez. 2005, p. 12.

¹⁰⁵ Idem, p. 12.

Inimigo no que pode ser compreendido como uma teoria de direito penal moderno.

Pelo fato de o Direito Penal do Inimigo ser criticado em razão da sua constituição do ponto de vista jurídico, ao declarar-se como um agente que meramente descreve determinado fenômeno, tem-se a noção de que lava suas mãos, tal qual Pilatos ao acreditar fazer apenas a vontade do povo¹⁰⁶.

Outro ponto bastante criticado por criminologistas¹⁰⁷ está na concepção que fundamenta o Direito Penal do Inimigo e em qual período ele pode vigorar. Por possuir características inconstitucionais e voltada a circunstâncias excepcionais e anormais, só seria tangível caso ocorresse num estado de defesa ou de sítio, que seria, de certa forma, peremptório.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2006, p. 19.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004, p. 3.

3. Ponto de encontro entre o *Homo Sacer* de Agamben e o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs

Agamben propõe que a vida nua na esfera política constituiria o núcleo de origem do poder soberano¹⁰⁸ e que a fórmula fundamental da política ocidental impera assentada na vida nua, *zoé-bios* e exclusão-inclusão, e que a arena pública existiria porque o homem se mantém, ao mesmo tempo, na vida nua e é excluído dela, numa espécie de exclusão inclusiva¹⁰⁹.

O *Homo Sacer*, situado nesse limiar entre o sacro e o bestial, possui como uma das suas dimensões a vinculação que o liga ao soberano – o direito de vida e morte que esse pode exercer. Podemos notar que o *Homo Sacer* funciona como uma espécie de arquetípica do homem contemporâneo. Conforme diz Thiago Fabres:

(...) o homem vê-se diante da terrível diáspora de sua vida “matável e insacrificável”. Embora proclamada por extensos catálogos de direitos fundamentais dos Estados Constitucionais contemporâneos, a vida digna (*sacra*) esbarra na dinâmica da exceção e da urgência, tornando-se facilmente descartável, e necessariamente desperdiçada¹¹⁰.

Tal afirmação vai em consonância ao dito por Hervás Galindo em sua obra *Política y messianismo: Giorgio Agamben*:

la vida en las actuales ciudades de los Estados nacionales y constitucionales occidentales es esencialmente idéntica a la vida en un campo de concentración nazi. Las decisiones del Estado, de sus funcionarios, sobre el estatuto jurídico de, por ejemplo, un embrión humano, o de un colectivo de inmigrantes sin papeles, o de un grupo de presos preventivos o, incluso, sobre cualquier ciudadano, son esencialmente idénticas a las decisiones del Estado nazi sobre el

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo, p. 14.

¹⁰⁹ CARVALHO, Thiago Fabres de. “O direito penal do inimigo e o *homo sacer* da baixada”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Espírito Santo: v. 5, n. 5, 2006. Semestral, p. 222.

¹¹⁰ Idem, p. 224.

*estatuto (jurídico, político, antropológico) de un judío. Los sistemas jurídicos occidentales descansan en una ficción que permite la mayor exclusión conocida de la vida. Todos los ciudadanos somos, pues, habitantes de un gigantesco campo de concentración, cuya terrorífica actualidad se oculta tras la máscara de la democracia*¹¹¹.

O processo de regulação e domesticação, em especial dos segmentos desprovidos de acesso aos bens e ao consumo, é o que conduz à possibilidade de afirmar-se o Estado de Exceção como um paradigma político dentro dos Estados Constitucionais.

Tratando do sistema penal brasileiro, tal ótica não é distinta, conforme assinala Fabres:

Desde a figura jurídica do estranho, herdada das práticas penais germânicas antigas, assim como do tratamento punitivo do servo e do judeu no reino visigótico, e também da perseguição e eliminação de hereges, judeus, bruxas, prostitutas, leprosos e homossexuais presentes no direito penal e penitencial canônico medieval, o sistema penal brasileiro trabalharia afinal prodigiosamente a partir do legado dos emblemas do rebaixamento político e da desqualificação jurídica de indivíduos, grupos, classes e segmentos sociais¹¹².

O controle penal brasileiro evoluiu inicialmente por meio da violência, seja contra os povos nativos, seja contra as populações escravizadas, e ainda hoje opera numa espécie de direito penal privado com reflexos cruéis e de

¹¹¹ GALINGO HERVÁS, Alfonso. Política y mesianismo: Giorgio Agamben. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005. p. 5. Tradução: A vida nas atuais cidades dos estados nacionais e constitucionais ocidentais é essencialmente idêntica à vida em um campo de concentração nazista. As decisões do estado, de seus funcionários, sobre o estatuto jurídico de, por exemplo, um embrião humano ou de um coletivo de imigrantes indocumentados, ou de um grupo de presos preventivos ou, inclusive, sobre qualquer cidadão, são essencialmente idênticas as decisões do estado nazista sobre o estatuto (jurídico, político, antropológico) de um judeu. Os sistemas jurídicos ocidentais descansam numa ficção que permite a maior exclusão conhecida da vida. Todos nós cidadãos somos, pois, habitantes de um gigantesco campo de concentração cuja aterrorizante atualidade se oculta atrás de uma máscara de democracia.

¹¹² CARVALHO, Thiago Fabres de. "O direito penal do inimigo e o *homo sacer* da baixada" *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Espírito Santo: v. 5, n. 5, 2006, p. 236.

violência criando uma forma de violência endêmica tendo a segregação social como seu grande pilar.¹¹³

Perceber a semelhança entre a proposta presente no *Homo Sacer* de Agamben e O Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs na forma e no uso da ciência penal brasileira é inegável, seja de maneira proposital ou não. O estado de exceção permanente não parece sensibilizar aqueles que deveriam zelar pelas instituições democráticas.

Mediante o alto grau de seletividade da população carcerária, fica evidente quais características são utilizadas naqueles que ali ingressam: em sua maioria homens pobres, 67,5% negros e 46,4% de jovens entre 18 e 29 anos¹¹⁴.

O Brasil, por meio de rotineiras violações dos direitos fundamentais, escancara que a vida do *Homo Sacer* transformou-se estruturalmente no objetivo primordial da violência do soberano, no que é emblemática a fala do professor Guilherme Preger no breve artigo *Homo Sacer* da baixada:

Nenhuma transformação na ação da polícia, nenhuma reforma judiciária, nenhuma consciência social organizada. Nenhuma cidadania parece interromper o ciclo louco do terrorismo de Estado. Terrorismo de Estado. É exatamente isto de que se trata mais uma vez. E segue uma lógica implacável¹¹⁵.

O terrorismo enquanto forma de estado não é meramente casual. Uma análise superficial deixa entrever que não existe vítimas de bala perdida, as balas, nesse sentido, têm um alvo claro e estatisticamente claro, já que “nas periferias não há inocentes. Todos já são culpados pelo simples fato de nascer e sobreviver¹¹⁶”. No Brasil tem prevalecido, ainda que não de maneira aberta, o

¹¹³ BATISTA, Nilo (Coord.). *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 95.

¹¹⁴ Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, publicado em chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglcfindmkaj/https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5, acessado às 19:55 do dia 07/02/2023.

¹¹⁵ PREGER, Guilherme. “Homo Sacer da Baixada”. *Novae.Inf.Br*, Rio de Janeiro, p. 1-5. abr. 2005, p. 1.

¹¹⁶ Idem, p. 2.

direito penal do *Homo Sacer*, sem garantias fundamentais, mas com o fantasma terrorista estatal pairando em volta do cidadão.

4. Conclusão

O Direito Penal do Inimigo de maneira alguma é o culpado pela maneira brutal com que os conflitos pátrios se desenvolveram no campo penal. A verdade é que a exceção proposta por Agamben, na América Latina, fez-se a regra e não a exceção, sendo ela justamente o oposto da teoria de Jakobs – o Direito Penal do Cidadão.

Esse paradigma emergente do Direito Penal do *Homo Sacer* presente no país vê o próprio Estado de Direito como uma espécie de amarra – que pode ser resumida nas falas corriqueiras como o povo dos direitos humanos, direitos humanos para humanos direitos etc. – ao retorno ao estado de barbárie e ao ciclo do terrorismo estatal que se constituiu historicamente como a regra no Brasil.

A vida nua da população brasileira já foi exposta através de ocorridos como Carandiru, Queimados, Suzano, Carajás, dentre tantos e infelizes outros casos. Admira-se, contudo, haver um retorno corriqueiro a essas barbáries, que em sua aura transparecem não um “adeus”, mas um “até logo”.

É salutar dizer que essa imposição serve como mecanismo de dissolução daquilo que as classes sobre o vulgo do Direito Penal do *Homo Sacer* carrega consigo também a sua emancipação através da organização. É preciso hoje, mais que nunca, dar nomes ao *Homo Sacer* da atualidade.

5. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Tradução de Henrique Burigo.

AUGUSTO, Walter Marquazan. *Desativar o direito: um caminho a partir da obra de Giorgio Agamben*. 2014. 167 f. Dissertação (MESTRADO) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. “O direito penal do inimigo e o *Homo Sacer* da baixada”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Espírito Santo: v. 5, n. 5, 2006. Semestral

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2013. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães.

CRESPINO, Eduardo Demétrio. “Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo”. In: *Revista Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, v. 1, n. 1, jun. 2004.

DURKHEIM, Emile. *Las formas elementales de la vida religiosa*. Morena, México: Colofón, S. A, 2001.

FILHO, Willis Santiago Guerra e GAMBERLLINI, Henrique Carnio. “Teoria Política do Direito. A expansão política do direito”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2013.

FREITAS, Ricardo. “Direito penal grego: um estudo com base em Platão”. In: *Revista Acadêmica*, v. 85, N.2, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GONÇALVES, Hebe Signorini. “Sobre a morte, sobre a vida”. In: *Polis Psique*. Porto Alegre: Editorial, v. 6, 2006. Semestral.

GRECO, Luís. “Sobre o chamado direito penal do inimigo”. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes*, Rio De Janeiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes, n. 7, dez. 2005.

GUARNIERI, Germano Antonio. *O paradigma do Homo Sacer e a exceptio da vida nua*. 2020. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

HERVÁS, Alfonso Galindo. *Política y mesianismo: Giorgio Agamben*. Madrid, Espanha: Biblioteca Nueva, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*, 2. ed. Navarra, Espanha: Editora Aranzadi, 2006.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua. Um Projecto Filosófico*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior, 2008. Tradução: Artur Morão.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Editora Vozes C/C Universitária São Francisco, 2013. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof.

LEUTÉRIO, Alex Pereira. *Estado de exceção na obra de Giorgio Agamben: da politização da vida à comunidade que vem*. 2014. 146p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Filosofia do Direito e do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

PACIFICO, Amanda Cristina. *Giorgio Agamben: a condição da vida humana no estado de exceção*. 2018. 98p. Dissertação (Mestrado) – Curso de Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

PREGER, Guilherme. *Homo Sacer da Baixada*. Novae.Inf.Br. Rio de Janeiro.

RUIZ, Castor M. Bartolomé. “A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (Re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben”. In: *Cadernos IHU*, São Leopoldo, ano 10, n. 39. 2012.

SACHET, Zenaide. *Um resto de potência: contribuições da filosofia de Giorgio Agamben à educação*. 2021. 198p. Tese (Doutorado) – Curso de Faculdade de Educação da Usp, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

SANTOS, Severino Augusto dos. *Jus Romanum*. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2005.

SOUZA, Danigui Renigui Martins de. *A biopolítica em Giorgio Agamben: estado de exceção, poder soberano, vida nua e campo*. 2017. 106p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

VON IHERING, Rudolf. *O espírito do direito romano*. Rio de Janeiro: Editora Calvino Filho, 1934.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***La legitimación del control penal de los “extraños”***. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2006, mimeo. Artigo encontrado em espanhol e disponível no link: https://www.u-cursos.cl/derecho/2019/1/D125T07762/1/material_docente/detalle?id=2544096, acessado no dia 08 de fevereiro de 2023.