

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

JOÃO PAULO ARROSI

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
*Uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben***

**CURITIBA
2010**

JOÃO PAULO ARROSI

DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, área de Direito Penal, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA
2010**

**Direito penal do inimigo: uma leitura a partir da obra de Giorgio
Agamben**

por

JOÃO PAULO ARROSI

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Membro: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Membro: Prof. Dr. Juarez Tavares

Curitiba, _____ de _____ de 2010.

*A Priscilla, por aquelas
lágrimas em frente à
Ponte di Rialto que jamais
estarão à altura da
gratidão e admiração que
sinto.*

AGRADECIMENTOS

À minha mulher, Priscilla, a quem esta dissertação é dedicada, por seu apoio em todos os sentidos irrestrito e por apostar levemente e estimular um *kleiner Mann* justo naqueles momentos decisivos – naqueles *kairói* se poderia dizer – em que tudo e todos pareciam conspirar contra. Esses fatores determinantes apenas podem ser expressos, à falta de outro melhor, pelo desgastado termo amor.

A meus pais, Darci e Nilva, pelo amor incondicional que sempre demonstraram, por não medirem esforços e sacrificarem-se alegremente para ver seus filhos felizes e protegidos, mesmo quando a proteção e o cuidado acanhavam a autonomia.

A Priscilla, Nilva, Darci, Teruko, Claudio, Pedro, Flávia, Teka, Hórus, Nina e Belinha, por me mostrarem e ensinarem nos últimos tempos (ou eu que só recentemente vi e aprendi) a importância vital do que se poderia chamar de comunhão familiar, algo talvez análogo àquilo que os cristãos primitivos denominavam por *ágape*.

Ao Prof. Ricardo, *il maestro* que dispensa apresentações (e não bastaria dizer que encarna a *nouvelle vague* histórico-jurídica brasileira), por me conceder a incomensurável honra de sua amizade, por seus conselhos e incentivos inestimáveis, pelas oportunidades acadêmicas até então impensáveis (lembremos de Puebla e Tlaxcala), por seu exemplo de professor transmitido em sala de aula, por sua figura exemplar também fora dela, a me mostrar como ser firme e rigoroso sem esquecer a leveza e a graça, enfim, pela consideração, pela empatia e pelo apoio demonstrados desde o primeiro momento.

Aos amigos do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), gestão Antropofagia, por me darem a honrosa oportunidade de compartilhar os desafios e as agruras na busca do aprimoramento acadêmico e institucional, pelos encontros e desencontros nos projetos e eventos e pelos inesquecíveis momentos de diversão e de boas risadas.

Ao prezado amigo Rogério Tostes, pelas longas conversas sobre os mais variados temas das ciências humanas, inclusive aqueles que diziam respeito a este trabalho, e pela compreensão e afabilidade num momento de sombras.

Ao Alaor Leite e ao “Pierre”, velhos amigos, por me fornecerem obras e dicas inestimáveis para esta pesquisa; do mesmo modo, ao Prof. Dr. Paulo Busato que – por intermédio do meu dileto amigo Rodrigo Cavagnari – generosamente abriu sua biblioteca e disponibilizou-me livros imprescindíveis.

Ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, cuja história de vida intelectual e acadêmica dedicada ao Direito Penal e à Criminologia levaram estas disciplinas a um outro patamar de debate no âmbito brasileiro, por sua generosidade e por apostar de maneira irrestrita em um projeto e em seu projetista, o que muito me honra.

Ao Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (CNPq), por subsidiar boa parte do biênio de mestrado que cursei, permitindo, assim, a dedicação exclusiva aos estudos.

There, comrades, is the answer to all our problems. It is summed up in a single word — Man. Man is the only real enemy we have.

“Animal farm”, George Orwell

Che cos'è l'uomo, se esso è sempre il luogo – e, insieme, il risultato – di divisioni e cesure incessanti? Lavorare su queste divisioni, chiedersi in che modo – nell'uomo – l'uomo è stato separato dal non-uomo e l'animale dall'uomo, è più urgente che prendere posizione sulle grandi questioni, sui cosiddetti valori e diritti umani.

Agamben

O direito não é nem a verdade nem o álibi do poder. Ele é um instrumento ao mesmo tempo complexo e parcial do poder. A forma da lei e os efeitos de interdições que ela porta devem ser recolocados entre muitos outros mecanismos não jurídicos. Assim, o sistema penal não deve ser analisado pura e simplesmente como um aparelho de interdição e de repressão de uma classe sobre uma outra, nem tampouco como álibi que abriga violência sem lei da classe dominante; ele permite uma gestão política e econômica através da diferença entre legalidade e ilegalismos.

Foucault

SUMÁRIO

Introdução 1

Marco teórico e opção metodológica 5

A. Direito penal do inimigo: origem, contornos e desdobramentos 11

1. Dívida e garantia: A teoria da pena de Günther Jakobs 11

2. Pessoa: um conceito puramente descritivo e neutro? 21

3. Caracteres de um direito penal do inimigo 28

B. Filosofia da história e horizonte biopolítico 34

1. A estrutura da exceção e o paradoxo do poder soberano 44

2. *Homo sacer* e vida sacra 55

3. Vida nua, crua coação 64

4. Antropogenia, antropofagia: *homo homini lupus* 77

5. Vida indigna de viver 91

6. *Quare siletis juristae in munere vestro?* 107

7. “Hostipitalidade”: do hospital ao campo 118

8. Zona cinzenta 129

A pretexto de conclusão 138

Bibliografia 147

RESUMO

O fenômeno do direito penal do inimigo tem emergido à luz cada vez mais e gerado, na última década, a partir de sua formulação teórica, inúmeras discussões e controvérsias. A referência, no que concerne a seus contornos teóricos, é o professor emérito da Universidade de Bonn Günther Jakobs, notório penalista alemão cujas idéias, baseadas num normativismo extremo, cada vez mais se difundem tanto nos países da Europa continental quanto nos latino-americanos. Sua proposta é que o direito penal precisa separar juridicamente os indivíduos de uma sociedade em cidadãos e inimigos, para que a estrutura de direitos e garantias de um Estado de Direito não seja contaminada pelas inevitáveis e concretas regulações jurídicas que tratam determinados sujeitos como inimigos. O presente trabalho procurará, na medida do possível, analisar esse contexto e as noções teóricas que lhe dizem respeito tendo como pano de fundo o pensamento e as reflexões do filósofo italiano Giorgio Agamben, cuja obra apresenta uma inquietante perspectiva sobre a modernidade ao refletir que, em nosso tempo, o corpo do cidadão, considerado sob o ponto de vista biopolítico, veio a ocupar um lugar fundamental nos mecanismos e cálculos do poder estatal. O horizonte, no qual o filósofo inscreve suas análises, tem como ponto de partida a noção de biopolítica desenvolvida por Michel Foucault, da qual Agamben se apropria para integrá-la às análises que Hannah Arendt desenvolvera sobre o processo que leva o *animal laborans*, e, com ele, a vida biológica enquanto tal, a paulatinamente ocupar o centro da cena política moderna, e àquelas que anteriormente havia dedicado ao poder totalitário. Suas reflexões desvelam o vínculo encoberto que desde sempre teria ligado a simples vida natural apolítica ao poder soberano. E uma obscura figura do direito romano arcaico é a chave para uma releitura de toda a tradição política moderna: o *homo sacer*, um ser humano que podia ser morto por qualquer um sem que isso fosse passível de punição, mas que não devia ser sacrificado conforme as regras prescritas pelos rituais, isto é, um indivíduo posto fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina. Em suma, uma “vida matável e insacrificável”, uma vida humana que é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão — a vida nua do homem sacro.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Filosofia. Giorgio Agamben.

SINTESI

Il fenomeno del diritto penale del nemico è emerso alla luce sempre più e ha prodotto negli ultimi dieci anni, dalla sua formulazione teorica, numerose discussioni e polemiche. Il riferimento, per quanto riguarda i loro contorni teorici, è il professore emerito presso l'Università di Bonn Günther Jakobs, un noto penalista tedesco le cui idee, sulla base di un normativismo estremo, sempre più diffusa sia nei paesi dell'Europa continentale e in America Latina. La sua proposta è che la legge e il sapere penali hanno bisogno di separare giuridicamente gli individui in cittadini e nemici in una società, in modo che la struttura dei diritti e delle garanzie dello Stato di diritto non sia contaminata dalla normativa inevitabile e giuridica concreta che trattano certi soggetti come nemici. La presente investigazione cercherà, per quanto possibile, di analizzare questo contesto e le nozioni teoriche che lo riguardano sullo sfondo del pensiero e delle riflessioni del filosofo italiano Giorgio Agamben, il cui lavoro presenta una prospettiva inquietante sulla modernità quando riflette che nel nostro tempo il corpo del cittadino, preso sul punto di vista biopolitico, è venuto ad occupare un luogo fondamentale nei meccanismi e nei calcoli del potere dello Stato. L'orizzonte, in cui il filosofo iscrive la sua analisi, ha come punto di partenza il concetto di biopolitica elaborato da Michel Foucault, di cui Agamben si appropria per integrare l'analisi di Hannah Arendt sviluppate sul processo attraverso il quale *l'animal laborans* e con esso, la vita biologica in quanto tale, poco a poco occupano il centro della scena politica moderna, e coloro che lei aveva in precedenza dedicato al potere totalitario. Le riflessioni di Agamben svelano il vincolo nascosto che ha sempre legato la vita semplice e naturale, apolitica al potere sovrano. E una figura oscura del diritto romano arcaico è la chiave per una rilettura di tutta la moderna tradizione politica: *l'homo sacer*, un essere umano che chiunque poteva uccidere senza commettere omicidio, ma che non doveva però essere sacrificato conforme le regole previste dai riti, cioè, un individuo messo tanto al di fuori della giurisdizione umana come quella divina. In breve, una vita uccidibile e insacrificabile, una vita umana che è inclusa nell'ordinamento unicamente nella forma della sua esclusione — la nuda vita dell'uomo sacro.

Parole chiave: Diritto penale del nemico. Filosofia. Giorgio Agamben.

Introdução

1. A proposta deste trabalho é aparentemente simples. Trata-se de abordar o tema do direito penal do inimigo segundo um esquema de interpretação que tem na obra do filósofo Giorgio Agamben – ou melhor, em boa parte dela – seu substrato e seu norte. Apenas em parte de sua obra quer dizer precisamente aquele conjunto de obras que diz respeito de forma explícita à matéria jurídico-política ou jurídico-biológica, que em boa medida teve início com a publicação de *Homo sacer*, em 1995. Pois a outra parte, vale dizer, aquela de certo modo antecedente, não traz, ao menos não explicitamente, temas que serão recorrentes a partir da década de 1990.

Por sua vez, aconteceu de o autor desta pesquisa optar por dar primazia à detida e paciente análise dos escritos, por assim dizer, primários que tratam do direito penal do inimigo, ou seja, aqueles concebidos por quem efetivamente trouxe à tona, desenvolveu e prossegue desenvolvendo o tema – o professor alemão Günther Jakobs –, do que propriamente ocupar-se de uma compilação bibliográfica, numa (ilusória) tentativa de exaurir os inúmeros comentários e artigos que abordam ou mencionam, muitas vezes de forma repetitiva ou superficial, a temática – os quais podemos denominar de bibliografia secundária ou doxológica. Pode-se dizer, portanto, que a escolha desses comentários se deu de maneira arbitrária, pois apenas foram efetivamente mencionados aqueles que se mostraram satisfatórios à elucidação das questões ou dúvidas surgidas no próprio processo desta investigação.

De resto, uma compilação nos moldes antes referidos pode ser encontrada nos dois tomos publicados em língua espanhola, cada qual com mais de mil páginas, sob a rubrica “direito penal do inimigo” (Meliá e Diez, 2006).

2. As influências mais marcantes que permeiam a obra de Giorgio Agamben encontram-se em Walter Benjamin, Martin Heidegger e, sobretudo (principalmente a partir de *Homo sacer*), em Michel Foucault. Agamben chegou inclusive a mencionar que suas investigações são uma espécie de continuação do trabalho foucaultiano, especialmente naquelas áreas que não foram propriamente e enquanto tais objeto de análise pelo pensador francês, o direito e a teologia. Essa demarcação de influências conduz, todavia, inevitavelmente a uma visão reducionista acerca da própria originalidade e das potencialidades da obra filosófica em questão, reduzindo também as posições do filósofo àquelas de seus interlocutores. Seja como for, a variedade dos múltiplos autores referidos em sua obra, mais do que a expressão de quaisquer ascendências, é mostra da potência de um pensamento que procura reconduzi-lo à sua vocação prática: a crítica. Mas esse termo já fora tão aviltado e vilipendiado, tão rebaixado e vulgarizado que seria melhor não empregá-lo. Por isso, na própria esteira de uma das presenças mais constantes no pensamento de Giorgio Agamben, é oportuno dar voz ao próprio Foucault:

O pensamento existe além ou aquém dos sistemas ou edifícios de discurso. É algo que se esconde frequentemente, mas anima sempre os comportamentos cotidianos. Há sempre um pouco de pensamento mesmo nas instituições mais tolas, há sempre pensamento mesmo nos hábitos mudos.

A crítica consiste em caçar esse pensamento e ensaiar a mudança: mostrar que as coisas não são tão evidentes quanto se crê, fazer de forma que isso que se aceita como vigente em si não o seja mais em si. Fazer a crítica é tornar difíceis os gestos fáceis demais. (*Então, é importante pensar?*)¹

É de alguma maneira nesse sentido que a presente pesquisa procurou, na medida de suas possibilidades, se desenvolver e desenvolver o tema do direito penal do inimigo, saindo à caça de algumas das dificuldades que o fácil gesto de separar cidadãos e inimigos encobre.

¹ Cf. Castro, 2009.

3. O sociólogo Zygmunt Bauman, ao tratar do medo no mundo contemporâneo – ao qual ele denomina de modernidade líquida, onde a vida social, suas instituições, suas práticas e suas certezas como que se liquefizeram, perderam seu caráter sólido, onde a insegurança e a instabilidade adquiriram primazia –, menciona que o “medo é um sentimento” que “os seres humanos compartilham [...] com os animais”, mas que os humanos, contudo, conheceriam algo além, vale dizer, um tipo de “medo de segundo grau” ou “medo derivado” que “orienta seu comportamento [...] haja ou não uma ameaça imediatamente presente”:

Uma pessoa que tenha interiorizado uma visão de mundo que inclua a insegurança e a vulnerabilidade recorrerá rotineiramente, mesmo na ausência de ameaça genuína, às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo; o “medo derivado” adquire a capacidade de autopropulsão. (2008, p. 9)

Bauman menciona ainda o medo do “mal”, um mal humano em que a lógica e a racionalidade, não tanto as dos campos de concentração e das bombas atômicas, mas sobretudo as de seus funcionários e soldados que retamente cumpriam funções e ordens, nunca antes havia sido imaginada — Hannah Arendt falará em banalidade do mal e Eichmann será o exemplo mais notório. Segundo Bauman, a “lição mais devastadora de Auschwitz, do Gulag ou de Hiroshima [...]

não é que poderíamos ser postos atrás do arame farpado ou enviados à câmara de gás, mas que (nas condições adequadas) poderíamos ficar de sentinela ou espargir cristais brancos em chaminés. E não que uma bomba atômica pudesse cair sobre *nossas* cabeças, mas que (nas condições adequadas) *nós* poderíamos lançá-la sobre as cabeças de outras pessoas. (*idem*, p. 89)

É significativo, nesse contexto, que o historiador Jean Delumeau – ao procurar inventariar e refletir sobre os inúmeros medos do Ocidente durante os

séculos XIV a XVII, como o medo da peste, da fome, de feitiçaria ou de sedições – tenha afirmado, por sua vez, que “em nossa época, em todo caso, o medo diante do inimigo tornou-se a regra” (1989, p. 18).

E é nesse contexto também que se procurou, ao longo dos capítulos que se seguem, analisar o chamado direito penal do inimigo tendo como base e ponto de partida as reflexões filosóficas de Giorgio Agamben.

A importância de se proceder a uma investigação sobre a figura do direito penal do inimigo – não apenas mera formulação teórica mas também aspecto concreto do poder punitivo que tem emergido à superfície cada vez mais e com maior intensidade nos últimos tempos – se faz sentir em toda a extensão da ciência do direito penal e da política criminal, cujas pretensões, analisadas à luz da filosofia de Agamben, então se mostram turvas e progressivamente caminham para uma zona de indistinção entre as noções de cidadão e inimigo. (Como convictamente expressa o professor da Universidade de Frankfurt, Cornelius Prittwitz, “o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo” – 2004, p. 43). Zona esta na qual também se confundem a suspensão da lei (aí incluídos, por certo, os direitos e liberdades individuais) e a pura afirmação dessa lei, e que tem como origem a decisão soberana sobre o estado de exceção, que, segundo Agamben, tende a coincidir *com a* e se apresentar *como* regra, e tem o campo de concentração como o verdadeiro paradigma do espaço político da modernidade.

No âmbito propriamente jurídico-penal esse fenômeno talvez expresse, como assinala Alejandro Aponte, “el proceso, hoy generalizado, de expansión de lo que podría llamarse el *paradigma del enemigo*” (2004, p. 16), no qual se desestrutura a relação entre os próprios cidadãos e surge o risco de se impor uma lógica da inimizade e da radical exclusão. Não só, portanto, social, jurídica e política, mas uma exclusão mais originária: o banimento da vida enquanto tal.

Enfim, buscar-se-á investigar o direito penal do inimigo precisamente na intersecção jurídico-política em que ele mesmo se situa, uma zona-limite onde a exceção se transveste de regra, onde a anomia se apresenta como norma.

Marco teórico e opção metodológica

4. Parece conveniente explicitar algumas das razões que levaram à escolha do marco teórico como pano de fundo sobre o qual se pretende analisar a figura do direito penal do inimigo.

A primeira delas se refere a uma corriqueira opinião jurídica que contempla tal figura como uma formulação teórica cuja implementação afrontaria princípios constitucionais elementares, uma espécie de “direito” autoritário que, por isso, deve sumariamente ser recusada.

Justamente em vista de argumentos como esse é que o presente trabalho busca, na medida do possível, uma abordagem diversa da tradicional baseada em modelos jurídico-institucionais, ou ao menos não somente nela. Pois a abordagem tradicional pura e simples sempre se limita à verificação do binômio lícito–ilícito ou, em termos atuais, à verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do objeto de análise.²

5. Dois exemplos talvez sejam úteis à compreensão. O primeiro deles se refere ao art. 3º do Código Penal Brasileiro³, a seu conteúdo e às opiniões doutrinárias a seu respeito. O artigo trata das conhecidas lei temporária e lei excepcional, as quais teriam *ultra-atividade*, isto é, constituiriam exceção ao princípio constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica (CR, art. 5º, XL).

Todavia, conforme Juarez Cirino dos Santos, “a eficácia dessa norma específica sobre a chamada ultratividade da lei *excepcional* ou *temporária* é

² É preciso fazer menção à abordagem realizada pela Criminologia Crítica (representada por nomes como Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos, Massimo Pavarini, entre outros), e excepcioná-la do que se disse acima, já que as análises do sistema jurídico-penal que a integram (como os critérios de seletividade, criminalização, etiquetamento) também não têm como fonte o tradicional modelo jurídico-institucional mas antes incidem sobre ele como seu objeto de desconstrução crítica. Contudo, o trabalho que aqui se apresenta tentará um caminho que, conquanto semelhante, não se funda propriamente na sociologia jurídico-penal como crítica do direito penal, porém, na filosofia de sua história.

³ “Art. 3º. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.”

controvertida” (2007, p. 52). A opinião doutrinária dominante aceita o critério da ultra-atividade como exceção ao princípio constitucional, seja por argumentos utilitários (fatores de mora processual inviabilizariam a aplicação da lei excepcional ou temporária durante sua vigência⁴; a lei perderia seu caráter coercitivo), seja pelo suposto aspecto de que o lapso temporal (na lei temporária) e a situação emergencial (na lei excepcional) seriam elementos do próprio tipo legal temporário ou excepcional⁵, seja por um duvidoso raciocínio lógico (regra geral: irretroatividade, exceção: retroatividade benéfica) de que, se “o que precisa vir expresso é a exceção e não a regra geral, não se pode exigir exceção da exceção para excluir da retroatividade benéfica as leis examinadas”⁶. A corrente minoritária é contrária ao critério da ultra-atividade⁷, pois o princípio constitucional seria incondicional, de maneira que o art. 3º do Código Penal não teria sido então recepcionado pela Constituição brasileira (*ibid.*).

O que temos, pois, é um conjunto de posições que giram em torno do binômio lícito–ilícito. Se a própria doutrina não apenas é controversa a respeito do assunto, como a vertente majoritária é favorável à validade e eficácia de uma lei penal de exceção – mesmo após cessada sua vigência – no concernente a seus efeitos punitivos e processuais, a probabilidade de que uma lei dessa espécie seja considerada conforme à Constituição, e que o princípio da retroatividade *pro reo* seja interpretado pelas instâncias judiciárias como uma mera benesse excepcional e não um verdadeiro e próprio princípio constitucional em pé de igualdade com o princípio da irretroatividade penal, não é uma simplória e tola conjectura. Assim, teríamos uma lei de exceção, formalmente promulgada como tal, protraindo seus efeitos penais num período de normalidade jurídica e institucional, e independentemente da formalização e da declaração expressa de estado de sítio ou de defesa na forma dos artigos 136 a 141 da Constituição da República.

6. O outro exemplo poderá aclarar o que se pretende evidenciar. Trata-se do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), constante do art. 52 da Lei de

⁴ Cf., por exemplo, Hungria, 1977, p. 139, Costa, 2005, p. 458.

⁵ Cf., por exemplo: Marques, 1954, p. 192, Mestieri, 1999, p. 74.

⁶ Cf. Bitencourt, 2008, p. 169.

⁷ Nesse sentido: Costa Jr., 1991, p. 29, Zaffaroni *et alii*, 2004, Luisi, 1991, p. 23.

Execução Penal⁸. Esse dispositivo legal não trata de uma exceção formalmente declarada como tal; nem por isso se pode concluir que ele não excepcione regras constitucionais. Cirino dos Santos, cuja análise crítica a um só tempo sumariza e abrange todos os seus contornos, explica as implicações desse regime:

O *regime disciplinar diferenciado* de isolamento em cela individual até 1(um) ano – renovável por mais 1(um) ano, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena – é inconstitucional, por várias razões: a) constitui violação da *dignidade da pessoa humana*, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, definido no art. 1º da Constituição da República; b) representa instituição de *pena cruel*, expressamente excluída pelo art. 5º, XLVII, letra “e” da Constituição da República; c) a indeterminação das hipóteses de aplicação do *regime disciplinar diferenciado* infringe o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República), por que subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais subjetivos e idiossincráticos: primeiro, é indeterminável a *quantidade de alteração* necessária para configurar o conceito de *subversão* da ordem ou da disciplina (art. 52, LEP); segundo, é indeterminável a *quantidade de risco* definível como *alto* para a ordem e segurança da prisão ou da sociedade (art. 52, §1º, LEP); terceiro, é indefinível o conceito de *fundadas suspeitas* de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2º, LEP). (*idem*, p. 530)

⁸ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”

Pode-se imaginar, por exemplo, um estrangeiro preso provisoriamente em relação ao qual se reconheça “alto risco para a ordem e a segurança da sociedade” (§1º) – como, de forma análoga, “na República de Weimar, cuja Constituição estabelecia no art. 48 os poderes do presidente do Reich nas situações em que a ‘segurança pública e a ordem’ (*die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) estivessem ameaçadas, o estado de exceção desempenhou um papel... determinante” (Agamben, 2003, p. 20). Ou um brasileiro preso provisoriamente “sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento, a qualquer título⁹”, com uma organização criminosa¹⁰ (§2º, art. 52). Em ambos os casos, os critérios legais para a inclusão dos respectivos indivíduos no regime disciplinar diferenciado estariam preenchidos.

Porém, não obstante a verificação das violações dos mencionados princípios constitucionais, o Regime Disciplinar Diferenciado está vigente e é aplicado desde sua criação em 2003.

Em suma, nos dois exemplos mencionados (RDD e art. 3º do CP) temos situações excepcionais, onde garantias e princípios constitucionais são excepcionados e onde o binômio lícito-ilícito ou constitucional-inconstitucional não impede sua aplicação “legal”, por assim dizer.

7. Não que o método e a abordagem teórica do presente trabalho possam, ao contrário, impedir por si só o que a análise puramente jurídica não evita. Mas, se a abordagem tradicional parece não dar conta de questões como a que aqui se verá, o descompasso entre as legislações penais existentes (assim como as correlatas políticas criminais institucionais) e boa parte das propostas de humanização dos sistemas de justiça criminal – propostas formuladas ainda que por uma dogmática criticamente orientada –, talvez seja índice do impasse do modelo jurídico-institucional de tratar seus problemas.

Portanto, o marco teórico escolhido para desenvolver esta pesquisa justifica-se pela abordagem metodológica que ele oferece, já que o propósito gravita em torno da figura do direito penal do inimigo e de sua inserção, como exemplo de dispositivo do poder biopolítico, no âmbito das trilhas abertas pelas

⁹ “envolvimento... a qualquer título”: locução que destoa das expressões legais concernentes ao tema da autoria e participação.

¹⁰ Não há definição legal, tampouco concordância doutrinária, acerca do que seja uma “organização criminosa”.

reflexões jurídico-políticas do filósofo italiano Giorgio Agamben, as quais compõem o pano de fundo teórico, adiante tratadas.

A opção metodológica procurou seguir em parte e na medida do possível “uma das orientações” – como anota Agamben – “mais constantes do trabalho de Foucault”, isto é,

o decidido abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídico-institucionais (...), em direção a uma análise sem preconceitos dos modos concretos pelos quais o poder penetra no próprio corpo dos sujeitos e nas suas formas de vida. (2004, pp. 12-13)

Por outro lado, a questão da soberania ou, mais propriamente, do poder soberano, faz com que a pesquisa procure se situar justamente no “ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder”, visto que “as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano” (*idem*, p. 14).

De todo modo, a ênfase em tratar a questão do direito penal do inimigo em boa medida paralelamente ao âmbito propriamente jurídico leva em conta, de resto, a suspeita de Agamben “não só da consumada separação entre cultura filosófica e cultura jurídica, mas, antes, da decadência desta” (2003, p. 50)¹¹. Não por acaso já se aludiu sobre a filosofia “como el convidado de piedra”¹² no debate jurídico-penal¹³.

E, como anotou Walter Benjamin, para a crítica do poder-violência (*Gewalt*) – e, aqui, o que pretendemos é a crítica do poder em seus reflexos manifestados no campo do direito penal e por ele mantidos – é preciso encontrar uma perspectiva fora do direito (quer do direito natural, quer do

¹¹ Agamben se vale praticamente dos mesmos termos em ‘A zona morta da lei’, *Folha de S.Paulo*, caderno +mais!, domingo, 16 de março de 2003.

¹² “Como el convidado de piedra” é uma alusão à estátua do comendador de Calatrava Don Gonzalo de Ulloa, personagem de *El burlador de Sevilla*, comédia de Tirso de Molina.

¹³ Cf. Merkel, 2000, pp. 181-212.

direito positivo), “e apenas o estudo do direito dentro da filosofia da história pode fornecer tal perspectiva” (1986, pp. 161-162).

Aliás, se “o problema da ciência não pode ser reconhecido no terreno da ciência” (Nietzsche, 1992, p. 15), o problema do direito – e especificamente o do direito penal do inimigo –, do mesmo modo, parece irreconhecível no seu próprio domínio.

A. Direito penal do inimigo: origem, contornos e desdobramentos

1. Dívida e garantia: a teoria da pena em Günther Jakobs

1.1. Pode-se dizer que o conceito de pena de Günther Jakobs baseia-se em modelos preventivo-simbólicos ou comunicativos, para os quais as ciências sociais apresentam, ao que parece, um papel decisivo para responder por que a pena criminal aplicada pelo Estado possui um significado para o grupo social. A pena, orientada pela idéia de prevenção, teria como função prevenir os efeitos negativos que podem decorrer da prática do delito para o sistema social, e não propriamente prevenir ofensas ou ameaças de ofensa a bens jurídicos.

É possível detectar, na teoria da pena de Jakobs, alterações e tentativas de aprimoramento desde 1976 até os dias atuais. Contudo, uma característica parece constituir uma constante em suas formulações: à teoria da pena cabe descrever a função punitiva em um determinado sistema social.

O sistema social estaria configurado por normas – não necessariamente normas jurídicas¹⁴ – que corresponderiam às expectativas normativas da sociedade. A constituição dessas expectativas competiria à política e não ao direito, de modo que a este caberia a função de descrever tais expectativas normativas e seu funcionamento enquanto sistema. Ao direito penal, por sua vez, competiria especificamente tal função em relação às expectativas normativas correspondentes às normas penais. O delito, nesse sentido, caracterizaria precisamente a frustração dessas expectativas, ao passo que a pena teria a função de mantê-las ou estabilizá-las. Vale dizer, se o delito expressa a violação da norma, a pena por sua vez expressa que a norma

¹⁴ Jakobs menciona que “el punto de partida aquí escogido no es una garantía de que las normas en cuestión sean normas jurídicas en sentido enfático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí” (1996, p. 25).

permanece vigente; portanto, a pena teria a função – dito de outra maneira – de manter a vigência da norma.

A noção de *expectativa* como elemento pertencente à estrutura do sistema social é concebida por Jakobs em alguma medida segundo o pensamento do sociólogo alemão Niklas Luhmann. Parece não haver diferença, nas formulações de Jakobs, entre sistema social e ordem social, de modo que toda ordem social estaria fundada na existência de expectativas de comportamento. Essas expectativas dividem-se em *cognitivas* e *normativas*. As primeiras, caso frustradas, operariam uma aprendizagem com vistas ao futuro e uma modificação na visão de mundo tida até então. As segundas, por outro lado, continuariam válidas ainda que frustradas por situações que contradizem sua validade. Parte dessas expectativas normativas necessita ser assegurada institucionalmente, isto é, precisa ser garantida pelo ordenamento jurídico através das sanções.

Una parte de las normas de las que aquí se trata viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento y no necesita de una estabilización especial: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva...

Otra parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas...

... en relación con las normas jurídicas, y también morales, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de una sanción. (1996, pp. 27-28)

Às sanções caberia propriamente o papel de garantir ou estabilizar as expectativas, como forma de reduzir a complexidade social, ou seja, de modo a atuar para que a vida em sociedade, na medida do possível, se pautasse por

comportamentos conforme as normas e de modo que se possa contar com as expectativas daí derivadas.

A pena criminal, nesse sentido, aparece como aquele mecanismo de solução das frustrações de expectativas que não podem ser estabilizadas por outro meio. A imposição da pena ao autor produziria a estabilização da expectativa de comportamento frustrada, ou seja, a estabilização se dá à custa do autor, como forma de mostrar que a expectativa permanece vigente. O autor, ao frustrar uma expectativa de comportamento, realiza um ato comunicativo, uma comunicação. A pena, por sua vez, atua de modo contrafático em relação àquele ato, comunicando então que a expectativa permanece válida. O conflito entre autor e sociedade é, portanto, um conflito comunicativo ou simbólico, cujos custos de sua resolução são atribuídos ao autor da infração.

Conforme essa perspectiva, a falta de imposição de pena diante das violações das expectativas normativas desencadeia um processo de aprendizagem que passa a corroer a confiança nas expectativas e a segurança que delas emanaria. Em suma, a função da pena é decisiva para a manutenção do sistema social, o que mostra a dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal:

Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional...

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (*idem*, pp. 18-19)

A seguir será analisada a teoria funcional da pena de Jakobs conforme suas sucessivas reformulações, as quais, como observam Manuel Cancio

Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez¹⁵, podem ser apresentadas segundo uma evolução em três fases.

1.2. As formulações iniciais de Jakobs, a partir de meados da década de 1970, sobretudo na obra *Schuld und Prävention*¹⁶, de 1976, parecem expressar uma perspectiva da pena, baseada então exclusivamente na noção de prevenção geral positiva, como um mecanismo simbólico de efeitos psicológico-sociais. A prevenção geral positiva¹⁷, como função da pena, representaria as finalidades de exercitar a população na fidelidade ao direito, de confiança geral na vigência das normas e de exercitar a população na aceitação dos custos da infração. Porém, a confiança da generalidade da população na vigência das normas – garantida pela pena –, ainda que eventualmente infringida, terá primazia, em detrimento das outras duas, bem como a significação social da infração penal ganhará cada vez mais relevo em relação à sua dimensão individual. *Pari passu* se verificará uma maior funcionalização nas concepções de Jakobs, com a consequente eliminação de aspectos psicológicos.

Essas novas características constituirão o segundo estágio, por assim dizer, de sua teoria da pena, cujos trabalhos datam do final da década de 1990 e início do novo milênio¹⁸. A pena, então, teria a função de confirmar a identidade social, pois, com sua imposição, restabelece a estrutura da sociedade, a qual estaria fundada na norma como modelo geral de orientação no contato social. A pena confirma a estrutura social ao negar a negação dessa estrutura pelo delito¹⁹:

El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo

¹⁵ *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar.* In JAKOBS, 2006, pp. 15-81.

¹⁶ A tradução espanhola encontra-se em: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹⁷ “Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”. in JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. J. C. Contreras y J. L. S. G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 14.

¹⁸ Cf. nota 15, pp. 31-32.

¹⁹ Cancio Meliá e Feijoo Sánchez mencionam um escrito de Jakobs de 1998 (PJ 49, p. 298): “el hecho es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura” (*idem* nota 15, p. 34).

cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpabilidad suya.(Jakobs, 1996, p. 18).

en el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad. (*idem*, p. 63)

el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad. (*idem*, p. 19)

As demais funções tradicionalmente atribuídas à pena (reforço da fidelidade jurídica, intimidação, etc) não estariam necessariamente excluídas; contudo desempenhariam um papel acessório que se poderia ou não levar em conta. Unicamente fundamental, a ser explicado pela teoria funcional, seria a função da pena de confirmar a identidade da sociedade.

Há uma explícita influência de Hegel nessa fase do pensamento de Jakobs, que se pode observar, por exemplo, na apropriação do princípio hegeliano da negação da negação. Mas não só. Segundo Meliá e Sánchez, “funcionalizando las aportaciones” de Hegel, “el concepto abstracto de Derecho se ha visto sustituido por la identidad de la sociedad. Se podría hablar, simplificando, de un neo-hegelianismo funcional”²⁰. A teoria da pena, nesse momento, passa então a confinar com um conceito funcional de retribuição²¹.

²⁰ *Idem* nota 15, pp. 36-37.

²¹ “Si todavía Jakobs puede hablar de prevención es debido a que la concepción funcional de la norma como expectativa encierra siempre una referencia al futuro (...). ... la pena cumple una función preventiva (de cara al futuro) porque reaccionando frente al delito mantiene (de cara al futuro) la vigencia de las normas penales, es decir, orienta de nuevo a la sociedad” (*idem* nota 15, pp. 38-39).

Se as normas constituem a identidade ou estrutura da sociedade, o infrator da norma expressa seu desacordo em relação a essa estrutura. Para Jakobs, o infrator comunica: “Não esta sociedade!” (*Nicht diese Gesellschaft!*)²². De maneira que a pena, então, de modo contrafático, expressa que tal estrutura, representada pela norma, continua válida. Há uma equivalência entre confirmação da identidade social e manutenção da vigência da norma.

Essa característica se manterá presente e com maior evidência nas ulteriores formulações de Jakobs – que se pode esquematicamente apontar como terceira fase²³. Além disso, há um retorno aos elementos psicológico-sociais ou fáticos, configurando uma teoria que conjuga caracteres normativos e psicológicos ou cognitivos, como também parece englobar uma particularidade: a idéia de neutralização.

O elemento fático ou de cognição social é representado pela idéia de inflicção de dor ou sofrimento. A *dor penal* passa a ser um requisito necessário e fundamental (da dimensão fática²⁴) da teoria da pena. De acordo com Jakobs:

Ha de reaccionarse frente a ambas dimensiones: la parte simbólica de la pena, su significado como contradicción, se dirige contra la afirmación de que no se trata de una norma vinculante, y la cimentación cognitiva se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada... En el concepto de culpabilidad se preconfigura la obligación del autor de tolerar una marginalización para mantener el carácter vinculante de la norma y un dolor penal para mantener el apoyo cognitivo: al autor se le trata como una persona que tiene una *deuda* con la sociedad. (2006, pp. 12-13)

²² *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1997, p. 103.

²³ Cujas obra fundamental é *Pena estatal: significado e finalidade (Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck)* publicada em 2004. A versão castelhana, publicada em 2006, é a utilizada nesta dissertação: *La pena estatal*. Trad. M. C. Meliá e B. F. Sánchez. Cizur Menor: Aranzadi, 2006 (Thomson/Cuadernos Civitas); na p. 134 desta obra é mencionado expressamente que com a contradição produzida pela pena “la estructura de la sociedad queda confirmada”.

²⁴ Contudo, o entrelaçamento entre esses fatores mostra que existe uma dependência recíproca e, portanto, indissociável, a não ser por questões didáticas.

A necessidade de infligir dor realiza a função concreta e real de mostrar à sociedade que o crime é um empreendimento fracassado. Mas o “dano” simbólico produzido pelo crime à vigência da norma igualmente deve ser visto como real. Assim, com o suporte cognitivo a dar sentido real à vigência da norma mediante a imposição de pena, robustece-se a expectativa normativa enquanto modelo de orientação social. E a determinação da intensidade de dor, vale dizer, a determinação do *quantum* de pena deverá ser o correspondente ao que Jakobs denomina de grau de perturbação social (2006, p. 146; 1996, p. 50), como compensação ou reparação devida pela infração cometida. A “dívida com a sociedade” é paga ao se infligir dor. Ou – o que é o mesmo – a perturbação social produzida pelo delito é reparada pela pena; e a vigência real da norma é reforçada.

Por sua vez, Jakobs mantém o *nomen* “prevenção geral positiva”:

Se habla de *prevención general positiva*, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, *prevención*, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto de la sociedad en su conjunto, por ello, *prevención general*. (2006, p. 145)

E, conjugando as noções de finalidade cognitiva e significado da pena, responde à questão de por que a contradição ao delito deve produzir-se por meio de dor infligida ao autor: “el dolor sirve para la salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su *significado*” (*idem*, p. 141).

1.3. Ainda que Jakobs mantenha a terminologia “prevenção geral positiva”, sua teoria não descarta que da pena possam surgir outros efeitos, sejam intimidatórios, sejam de prevenção especial (positiva e negativa). O elemento da neutralização (ou inocuidade) então irrompe, conquanto não com primazia funcional, efetivamente como elo entre a sanção aplicada ao cidadão

– em razão de sua *dívida* – e aquela imposta para *garantia assecuratória* (*Sicherung*)²⁵ frente a um indivíduo perigoso²⁶ – cuja tradição jurídico-penal comumente conheceu por “autor por tendencia” e que agora, na formulação de Jakobs, terá outro nome: inimigo.

Aún mayor que la problemática del trato socializador del autor, es, en cambio, la del aseguramiento frente a un autor por tendencia – como dice con algo de acierto el lenguaje popular – encerrándolo. Es legítima tal pena de aseguramiento [*Sicherung*]? (*idem*, p. 160)

A pergunta de Jakobs é propriamente a pergunta pela legitimidade do direito penal do inimigo e sua relação possível com o ordenamento jurídico – digamos – normal. Para mostrar que essa questão foi e continua sendo recorrente, Jakobs mencionará tanto as atuais e severas leis americanas – baseadas na fórmula do beisebol *three strikes and you are out*²⁷ – quanto, entre outros, Franz von Liszt no seu famoso ensaio de 1883 (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*)²⁸ em relação aos indivíduos irrecuperáveis. Em todo caso, uma coisa é certa: como contraponto à idéia de dívida, teremos a de garantia (ou asseguramento).

É preciso observar que *dívida*, em alemão, é a mesma palavra que diz *culpa* e *culpabilidade*: *Schuld*. A dívida é como que “debitada na conta” do

²⁵ O vocábulo al. *Sicherung* pode ser traduzido por ‘garantia’, ‘segurança’ como também por ‘proteção’ (*Schutz*). Para distingui-lo do termo *Sicherheit* que comumente é traduzido por ‘segurança’, e também é empregado por Jakobs, optamos pela locução ‘garantia assecuratória’. Talvez a tradução mais precisa fosse ‘asseguramento’ – como na tradução castelhana – ou ‘asseguração’, ambos termos com registro na língua portuguesa mas que não são correntes mesmo na linguagem jurídica, ao contrário do substantivo ‘garantia’ e do adjetivo ‘assecuratório’.

²⁶ Como dirá Jakobs em *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*, 2005, “la parte intermedia de los conceptos” é “la *pena*”; “la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad” como “efecto de aseguramiento” (pp. 20 e 21).

²⁷ “Abiertamente se persigue el aseguramiento en leyes recientes de algunos Estados de los EE UU relativas a los reincidentes, cuya regulación más conocida – pero no la única – se refiere a la segunda reincidencia, es decir, al tercer hecho, ordenando, en función del peso del hecho y de los hechos previos, 25 años de privación de libertad, o incluso privación de libertad de por vida, en algunos casos, incluso excluyendo la posibilidad de una puesta en libertad anticipada. Partiendo de una regla de béisbol, el lenguaje popular dice: ‘*three strikes and you are out*’” (Jakobs, 2006, pp. 161-162).

²⁸ Também denominado “Programa de Marburgo”.

infrator eventual – culpado por aquele evento específico, o qual é, portanto, não habitual para o agente. A culpa ou o débito exsurge do fato (um fato pretérito), o que estaria de acordo com um direito penal orientado por influxos de um Estado de direito, que trata como cidadãos aqueles que cometeram algum crime.

Por outro lado, àqueles em relação aos quais o crime é visto como expressão de habitualidade ou tendência, a noção de dívida desloca-se para a de garantia que visa assegurar o conjunto da população contra um perigo iminente e futuro, isto é, permanente. Que espécie de *culpa* teremos então em face de um perigo personificado e que se protraí no tempo? Que tipo de “débito” se pode antever?

O par conceitual dívida (*Schuld*) e garantia (*Sicherung*) e o novo conceito de pena de Jakobs mostram que o direito penal do inimigo, agora, pertence à própria lógica sistêmica da teoria que pretende descrever o funcionamento do sistema social.

Será preciso antes, porém, analisar outro binômio fundamental da teoria do direito penal de Jakobs e que reforça tal lógica: indivíduo e pessoa. Uma separação conceitual que inclusive será necessária para viabilizar a ruptura (aparente, pois não se trata, em última análise, de uma ruptura) “funcional” – se poderia dizer – com a tradição da defesa social²⁹.

Sin embargo, también el hecho de ser una persona necesita, a sua vez, una cimentación cognitiva para poder llegar a ser real en el trato social. De quien no quepa esperar una conducta conforme a Derecho, y, en particular, incumple de modo persistente sus deberes, sólo se puede postular su condición de persona, pero sectorialmente (concretamente, en la medida en que próximamente vaya a delinquir), ya no podrá ser tratado

²⁹ A propósito, segundo Alessandro Baratta, “o conceito de defesa social parece ser... na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Mais que um elemento teórico do sistema legislativo ou do dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles. Na consciência dos estudiosos e dos operadores jurídicos que se consideram *progressistas*, isso tem um conteúdo emocional polêmico e, ao mesmo tempo, reasegurador. De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções misticantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional” (1999, pp. 44-45).

realmente como tal: junto a la *deuda* del autor por el hecho sucedido aparece lo necesario para el *aseguramiento* frente a hechos venideros.

En todo caso, se trata de mantener la vigencia real de la norma, plenamente en el sentido de la prevención general positiva: la contradicción tiene el fin de apoyar la cimentación cognitiva, y en la medida en que ello resulte imprescindible, también el aseguramiento frente a hechos futuros sirve para alcanzar tal fin. (Jakobs, 2006, p. 13)

2. Pessoa: um conceito puramente descritivo e neutro?

Lembra-te de que aqui não passas de ator de um drama, que será breve ou longo segundo a vontade do poeta. E se lhe agrada que representes a pessoa de um mendigo, esforça-te por representá-la devidamente. Faze o mesmo, se te for destinada a pessoa de um coxo, de um magistrado, de um homem comum. Visto que a ti cabe apenas representar bem qualquer pessoa que te seja destinada, a outro pertence o direito de escolhê-la.

Epicteto

A pena criminal não protege ou repara bens, mas sim – segundo Jakobs – confirma “a identidade normativa da sociedade”, dado que o Direito Penal teria a função de garantir a identidade normativa, a estrutura e a sociedade – o que expressa aquilo que Jakobs denomina de “funcionalismo jurídico-penal”:

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. (1996, p. 11)

Não é difícil observar que Jakobs opõe o que ele chama de funcional (enquanto processo de comunicação, expressão de sentido entre pessoas) ao natural ou ontológico. Através de uma “compreensão comunicativa do delito”, baseada no princípio de negação da negação, de Hegel – o delito afirma-se negando a norma e a pena, negando o delito, confirma a norma –, estabelecer-se-ia uma “relação racional” entre delito e pena. O direito penal realizaria a função, por assim dizer, de contradizer a contradição às “normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito penal confirma, portanto, a identidade

social”³⁰ (*idem*, p. 18). O crime é visto como uma comunicação defeituosa e este defeito deve ser imputado ao autor como culpa sua:

Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. (*ibid.*)

A pena criminal, para Jakobs, antes de mais nada – vale dizer, independentemente de alguma finalidade que se lhe atribua, seja de psicologia individual ou social – “já significa algo (...): significa uma autocomprovação” (*ibid.*). Desse modo, se justifica e se legitima a existência da pena, mediante uma estratégia discursiva que se baseia na suposta criação coletiva ou social de sentido, sem necessidade de estudos empíricos acerca de sua eficácia que desde sempre embaraçaram e continuam produzindo mal-estar a qualquer argumento de efetividade da pena criminal quanto a seus efeitos práticos e sociais.

Inclusive a inflicção de dor passa a ser descrita como uma característica necessária da pena porque o *significado* contrafático desta – ao confirmar a vigência da norma através da contradição ao delito – apenas seria apreendido cognitivamente (*finalidade* da pena) ao se infligir dor ao criminoso como forma de mostrar à sociedade que o crime resultou numa empreitada fracassada. O único efeito de psicologia social ou coletiva que Jakobs concebe enquanto fim da pena é proteger de modo *cognitivo* a vigência da norma infligindo dor (Jakobs, 2006, p. 141). Significado e finalidade se irmanam, pois, para tornar a pena um instrumento de comunicação social acerca da vigência e solidez da norma. Essa seria a tarefa do direito penal.

El Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que

³⁰ Essa é uma das premissas que Jakobs assume de antemão: a identidade social determina-se pelas normas jurídicas.

con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad. En este proceso en el plano empírico únicamente se pueden aprehender el delito, el proceso y su relación, pero, desde luego, no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad; pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado. (Jakobs, 1996, p. 18)

Segundo Jakobs, para a compreensão da sociedade – o que para ele significa compreender um sistema de comunicação normativo – o sujeito somente tem relevância secundária (*idem*, p. 12). Isso está de acordo com o modo com que sua noção de funcionalismo concebe a sociedade, isto é, recusando, em primeiro lugar, a perspectiva da consciência individual, da subjetividade, do sujeito – que, de Hobbes a Kant e enraizada com Descartes (*idem*, p. 15), conformara o pensamento ocidental moderno.

A sociedade, enquanto sistema comunicacional, é a rede na qual se articulam todas as expressões de sentido que denotam as configurações sociais em geral pertencentes àquele sistema. Inclusive o sujeito (bem como suas faculdades) não é concebido como isolado e pressuposto a esse sistema: o sujeito deve ser concebido como “mediado pelo social”, isto é, como *pessoa*.

A sociedade é, portanto, uma rede de relações entre pessoas. Essas relações são orientadas por normas. As normas, por sua vez, constituem expectativas de comportamento – ou, em outros termos, expectativas sociais. O conceito de pessoa, pois, é um conceito em sentido jurídico, e sempre é nesse sentido, segundo Jakobs. Em suma: as pessoas nas suas relações entre si podem se orientar porque existem expectativas de comportamento que permitem tal orientação.

Ao direito penal, por ser parte integrante do sistema social³¹, compete lidar com algumas específicas frustrações de expectativas, e o faz através das técnicas e dos procedimentos de imputação do fato punível e de imposição de

³¹ “Sea como fuere, la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por mérito del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad.” (Jakobs, 1996, pp. 21-22)

pena. Às pessoas, igualmente, competem determinadas atribuições relativas ao cumprimento das expectativas sociais, isto é, ao cumprimento das normas:

... hay que partir de los correspondientes conceptos sociales; de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada. (Jakobs, 1996, p. 50)

... persona en Derecho, es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. (*idem*, p. 38)

Para formular seu conceito funcional de pessoa, Jakobs resgatará precisamente a noção originária do termo latino *persona*, que literalmente quer dizer “máscara de teatro”, e que por derivação significa o papel atribuído a essa máscara, donde a idéia de personagem:

Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. (*idem*, pp. 50-51)³²

Mas de acordo com a teoria de Jakobs, conquanto toda pessoa seja humana, nem todo ser humano pode ser caracterizado como pessoa. Para corroborar tal entendimento, o jurista alemão fará uma peculiar interpretação de Luhmann como também se servirá de modo muito próprio de uma fórmula hegeliana:

Cuando Luhmann afirma que no existe ‘exclusión de personas de la sociedad’ (*Gesellschaftsstruktur*, nota 21, p. 367), ello es correcto, pero no implica que todos los seres humanos sean personas. (1996, p. 38, nota 27)

La formulación clásica de Hegel, “El mandato del Derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como

³² Jakobs, em nota de rodapé, indica o cap. 16 do *Leviatã*, de Hobbes, em que há uma reconstrução do sentido da palavra *pessoa*. Ao que parece Jakobs utiliza a lição de Hobbes para construir sua própria noção de pessoa.

personas” es perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque siga siendo posible adoptar otros puntos de vista distintos. Sin embargo, queda una cuestión que no ha sido contestada: Está todo ser humano incluido en ese mandato? Por regla general, un esclavo no queda incluido. El hecho de que un sistema social que hoy en día parezca mínimamente aceptable no permite tal exclusión, no es razón para asignar artificialmente una prohibición de exclusión a todas las sociedades. (*idem*, p. 39)

A sociedade como um todo seria expressão de um mundo objetivo construído a partir de padrões de comportamentos, objetivados em normas, que orientam os comportamentos concretos das pessoas:

es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. (*idem*, p. 53)

É como se apenas aqueles indivíduos considerados dignos do epíteto de pessoa, isto é, que fazem jus a uma dignidade que os personaliza, pudessem desfrutar dos direitos atribuídos à respectiva máscara. Somente aquele que bem representa o papel que lhe foi conferido pelo sistema social normativo pode usufruir dos respectivos atributos que dele emanam.

Parece claro que quando Jakobs diz que às pessoas compete desempenhar ou representar um papel com pautas normativas, isso quer dizer cumprir determinados deveres impostos pelo ordenamento jurídico, sob o risco

de perda dos atributos - *rectius*: dos direitos – que lhes caracterizam como pessoas.³³

Uma das dúvidas que se apresentam quanto a essa visão da sociedade em geral é se ela realmente descreve caracteres efetivamente presentes nas sociedades ou se, no fundo, através de uma suposta descrição são veiculadas proposições e afirmações legitimantes.

Jakobs, por seu lado, diz estar apenas “elaborando teóricamente lo que desde siempre a venido sucediendo en la práctica”, de maneira que mediante o grau de responsabilidade penal de um criminoso não se afere um sujeito, vale dizer, “con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquélla cuyo rol consiste en respetar el Derecho” (1996, p. 65):

En conclusión: el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es la personalización de los sujetos. No trato de afirmar que deba ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional. (*idem*, p. 67)

Em outro momento, Jakobs apresenta um exemplo que se afigura nuclear, mas considera que as questões que dele exsurtem não cabem ao direito penal tratar:

Quien – sin que ello le sea imputable – no tiene posibilidad alguna de adquirir suficientes medios de subsistencia,

³³ Como destaca Ulfrid Neumann, “é necessário insistir em que, para Jakobs, pessoas não são definidas primariamente por direitos, mas sim por deveres: ‘Na constituição da pessoa trata-se de direitos apenas em segunda ordem, na medida em que a pessoa os utiliza para poder cumprir seus deveres’” (2007, p. 171).

difícilmente podrá respetar como persona a aquél que defiende su opulencia, sino que comenzará una lucha por el reconocimiento. Es evidente que esta cuestión, y otras muchas más que se imponen como una avalancha, no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal” (*idem*, p. 40)

Ora, se não podem ser resolvidas, ao menos tais questões - ao que parece - deveriam ser tomadas em consideração no âmbito do direito penal para que a dogmática se construa tendo em vista tais realidades e para que o sistema social seja adequada e minimamente descrito.

De qualquer modo, o tema acerca de se as teorizações de Jakobs são puramente descritivas ou se, por outro lado, contêm elementos legitimadores do *status quo* do ordenamento jurídico apenas poderá ser compreendido de maneira adequada ao fim do percurso que este trabalho pretende percorrer. Outros fatores precisam ainda ser tratados e algumas perguntas necessariamente carecem ser respondidas. Uma delas é a que se segue.

Se os participantes da sociedade, isto é, as pessoas são “los individuos representados comunicativamente como relevantes” (*idem*, p. 51), e se “las condiciones mínimas que deben cumplirse para que alguien pueda ser persona” são a representação do papel social constituído por um “rol *general* de ciudadano fiel al Derecho” (*idem*, p. 55) – que equivale a um rol de deveres –, em que situações o indivíduo não é considerado pessoa ou, em outros termos, o indivíduo é não-pessoa, ou ainda, ao sujeito não lhe é concedida a máscara social?

3. Caracteres de um direito penal do inimigo

3.1. Em outubro de 1999, Günther Jakobs apresentou uma polêmica conferência num congresso internacional que ocorreu na Academia de Ciências de Berlim. Um dos temas tratados em sua preleção fora justamente a retomada de um par conceitual, que já havia sido por ele, e pela primeira vez, mencionado em 1985³⁴ (mas, naquela época, ainda num tom crítico): direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

Agora, em 1999, o tom de advertência quanto ao perigo de um possível direito penal do inimigo havia se transformado em estandarte levantado a favor da adoção da clara distinção entre cidadãos e inimigos:

Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. (...).

El derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho. (Jakobs, 2004, p. 58)

Jakobs arrolara então algumas particularidades típicas, segundo ele, do direito penal de inimigos, dentre as quais, uma ampla antecipação da tutela penal (criminalização/imputação num estágio prévio a lesões de bens

³⁴ Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung [Criminalização no estágio prévio a violação de bem jurídico]. *ZStW* 97 (1985), pp. 753 e ss.

jurídicos), punições desproporcionalmente altas, a passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de “luta” para combater a delinquência e, conforme suas próprias palavras, a “supressão de garantias processuais”.

En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la – si se me permite la expresión – neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. (*idem*, pp. 58-59)³⁵

3.2. Entre os anos de 2003 e 2004, Jakobs apresenta duas publicações que darão propriamente os contornos da atual discussão sobre o tema: *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo* e *A pena estatal*.

O rol exemplificativo de tipos de inimigos apontado por Jakobs a partir da atual legislação alemã basear-se-á na própria menção legislativa à “luta” contra a criminalidade: terroristas, traficantes de drogas, indivíduos ligados à criminalidade organizada, autores de “crimes sexuais e outras infrações penais perigosas”, de delitos econômicos, indivíduos pertencentes a quadrilhas ou bandos (Jakobs, 2005, pp. 39-40).

Coincidentemente, tanto sua teoria da pena quanto a tese do direito penal do inimigo parecem ostentar três estágios de desenvolvimento, em que o último estágio apresenta como que uma simbiose entre os temas.

³⁵ De acordo com Luis Gracia Martín, “independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese ‘Derecho penal del enemigo’ en cuanto concepto doctrinal y político-criminal que habría sido introducido con ese carácter en el discurso penal teórico actual por *Jakobs*” (2005, p. 02:2).

A outra face do direito penal funcional de Jakobs, portanto, que complementa a teoria da pena e mostra a lógica binária em que se insere o conceito de pessoa, é a noção de indivíduo, e o “direito” que lhe corresponde é o direito penal do inimigo. Conforme dirá seus discípulos espanhóis, Manuel Cancio Meliá Bernardo Feijoo Sánchez:

en esta nueva formulación de su teoría, las necesidades del mantenimiento de la vigencia real de la norma – su “apoyo cognitivo” o “cimentación cognitiva” – son satisfechas mediante el dolor penal, entendida esta función como mecanismo esencial de la pena. Pasando al lado del autor, aquellos sujetos que no muestran un “apoyo cognitivo” suficiente... no son personas reales, y reciben las sanciones de un “Derecho penal” del enemigo. (*in* Jakobs, 2006, p. 55)

Se à pessoa impõe-se uma pena para que sofra por ter cometido um delito, àquele mero indivíduo que não lhe é conferido o atributo de pessoa resta uma pura coação institucional. Pois não se trata mais de uma dívida a cargo da pessoa do infrator, mas de uma garantia assecuratória para o conjunto da população (ou para o Estado)³⁶ diante de um perigo. Não há mais uma relação sinalagmática entre a pessoa do criminoso e as demais pessoas, relação que propriamente mostra a estrutura e o funcionamento da sociedade. Essa estrutura social deve agora ser assegurada contra um perigo que a ameaçaria enquanto estrutura:

el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo...

...

³⁶ “Ciertamente, el Estado tiene Derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos... Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad [*Sicherheit*]” (Jakobs, 2005, p. 30).

Quien no presta una seguridad cognitiva [*kognitive Sicherheit*] suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. (Jakobs, 2005, p. 51)

O ponto nodal da decisão sobre quem é pessoa e quem não é estaria na noção de “segurança cognitiva” ou “garantia cognitiva”³⁷ como igualmente na suposta possibilidade de sua mensuração – para que a segurança ou garantia seja suficiente ou mínima. As expressões empregadas variam: aquele que de forma permanente ou duradoura³⁸ se desvia do ordenamento jurídico; seriamente ou de modo decidido³⁹ não atua com fidelidade ao ordenamento; por princípio⁴⁰ se contrapõe ao ordenamento jurídico. Um tradicional e recorrente exemplo da dogmática penal alemã é utilizado por Jakobs:

imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones... (*idem*, p. 36)

Há um evidente e explícito suporte em Kant e Hobbes para procurar delinear a noção de segurança cognitiva:

en la posición de Kant no se trata como persona a quien “me amenaza... constantemente”, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta traición, pues también éste niega

³⁷ Jakobs, 2005, p. 40: “la garantía cognitiva mínima [*kognitive Mindestgarantie*] que es necesaria para el tratamiento como persona”.

³⁸ *Idem*, pp. 38-39: “aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona”.

³⁹ *Idem*, p. 40: “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”.

⁴⁰ *Idem*, p. 41: “quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico”. Cf. también p. 30.

por principio la constitución existente. Por conseguinte, Hobbes y 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 principio; este excluye, aquel deja incólume el *status* de persona. (Jakobs, 2005, pp. 29-30)

Jakobs também vê na atual legislação alemã de combate à criminalidade, antes mencionada, um paralelismo com o pensamento kantiano:

Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el outro “me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente”. Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. (*idem*, 40)

Se ainda houver alguma dúvida ou algo estiver obscuro, Jakobs esclarece com as menções ao estado de natureza, à noção de que é o vencedor da guerra que determina o direito e o vencido submetido a ele e, enfim, aos acontecimentos de 11 de setembro de 2001:

Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.

A quien todo esto le siga pareciendo demasiado oscuro se le puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referencia a los hechos del 11 de septiembre de 2001. (*ibid.*)

De resto, é preciso anotar que a relação entre “segurança cognitiva” e medida de segurança apresenta-se evidente: a medida de segurança também é considerada por Jakobs um fenômeno pertencente ao direito penal do inimigo. Nesse caso, basta um único crime para que ao indivíduo perigoso seja aplicada tal medida. A análise sempre é prospectiva (quanto a possíveis crimes

futuros), ainda que se tenha como ponto de partida crimes já praticados (fatos passados). E a própria medida de segurança pressupõe ao menos a prática de um delito (Jakobs, 2005, p. 21).⁴¹

A esta altura já deve estar claro que o conceito de pessoa corresponde ao de cidadão, enquanto que o de indivíduo corresponde ao de inimigo. O que talvez ainda precisa ser enfatizado é que: os dois pares, na verdade, são um único e mesmo binômio, o que mostra a interdependência entre a teoria da pena e a do direito penal do inimigo. Mais do que isso: o sistema funcional de direito penal, realizando um mecanismo de identidade e diferença, opera através de funções de inclusão e exclusão.

As separações conceituais operadas ou “la opción por la dicotomización... radical en la teoría de la pena, entre individuo y persona, entre orientación normativa y violencia de la pena, entre finalidad y significado” não apenas “explica la posibilidad de la irrupción de lo fáctico” na teoria de Jakobs, como assinalaram Meliá e Sánchez (*in* Jakobs, 2006, p. 56). Sobretudo, é índice do papel fundamental e operacional que o direito penal do inimigo desempenha – como mecanismo estrutural – no sistema social visualizado por Jakobs.

⁴¹ “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede – en éste ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efetivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz “Derecho” significa en ambos conceptos algo claramente diferente” (*ibid.*).

B. Filosofia da história e horizonte biopolítico

1. É quase sempre automática a forma de imaginar os acontecimentos passados segundo sua justaposição sucessiva a partir de um contexto metonímico, como, por exemplo, “França, século XVIII”, “Rio de Janeiro, 1889”, o que traduz aquilo que se entende por *periodização*. A contagem ou cálculo do tempo histórico (*cronologia*), portanto, tem a imagem de uma linha (não é à toa que se costuma falar em “linha do tempo”) percorrida por acontecimentos (e conjunturas e estruturas) dispostos conforme sua datação e segundo uma escala classificatória que expressará estes ou aqueles valores de hierarquização de acordo com quem analisa tal linha ou um seu recorte. Esse é o modo diacrônico ou historiográfico, por assim dizer, de analisar os fenômenos passados, isto é, quanto às suas mudanças e transformações.

Porém, não haveria outra forma de ver o sentido da história, seja enquanto significado, seja enquanto fluxo? Convém trazer ao centro da problemática as teses “Sobre o Conceito de História”, do filósofo alemão da primeira metade do séc. XX: Walter Benjamin. Escritas em 1940, são dezoito teses e dois apêndices (vale lembrar que em 1981 Giorgio Agamben descobrira a cópia de mais uma tese, com o número XVIII, à qual se convencionou dar a numeração de XVIIa)⁴².

Citemos aqui a mais conhecida e interpretada em inúmeros contextos, a tese IX:

⁴² ‘Über den Begriff der Geschichte’. In *Gesammelte Schriften*. ed. de Rolf Tiedemann e Hermann Schweppenhäuser, com a colaboração de Theodor Wiesengrund Adorno e Gershom Scholem. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972-1989. v. I, 2, p. 691-704 (1974) e v. VII, p. 1.231 para a tese XVIIa. As duas traduções brasileiras – que também foram consultadas – das teses encontram-se em: 1. Benjamin, Walter. *Magia e técnica, arte e política*. Trad. de Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994 (Obras escolhidas; v. 1). 2. Löwy, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. Trad. das teses por Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

Existe um quadro de Klee intitulado 'Angelus Novus'. Nele está representado um anjo, que parece estar a ponto de afastar-se de algo em que crava o seu olhar. Seus olhos estão arregalados, sua boca está aberta e suas asas estão estiradas. O anjo da história tem de parecer assim. Ele tem seu rosto voltado para o passado. Onde uma cadeia de eventos aparece diante de *nós*, *e/le* enxerga uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros sobre escombros e os arremessa a seus pés. Ele bem que gostaria de demorar-se, de despertar os mortos e juntar os destroços. Mas do paraíso sopra uma tempestade que se emaranhou em suas asas e é tão forte que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, para o qual dá as costas, enquanto o amontoado de escombros diante dele cresce até o céu. O que nós chamamos de progresso [*Fortschritt*] é essa tempestade [*Sturm*].

A alegoria, da qual se vale Benjamin para interpretar a pintura de Paul Klee (1920), não parece tratar-se, como pensa Michael Löwy, “fundamentalmente da projeção dos sentimentos e idéias próprios de Benjamin sobre a imagem sutil e despojada do artista alemão”⁴³. Talvez o seja, a princípio, do ponto de vista eminentemente pictórico. Não obstante, é significativo que Klee atribua à imagem o título *Angelus Novus*. E é a partir do título do quadro que Benjamin parece desenvolver sua interpretação.

Analisemos, inicialmente, o significado do sintagma em sua literalidade e etimologia. *Angelus Novus* é, ao pé da letra, “Novo Anjo”. Mas, observando bem, descobrimos a intrínseca relação com a palavra “evangelho”. Evangelho tem o sentido de ‘boa notícia’, ‘boa nova’, e sua etimologia nos mostra que é composto pelo prefixo grego *eu* (‘boa’) + *áγγελος* (‘mensageiro, mensageiro de deus, anjo’). *Áγγελος* significa precisamente ‘o que ou aquele que traz uma notícia’.

⁴³ Löwy, 2005, p. 88: “Na realidade, o que ele descreve tem muito pouca relação com o quadro: trata-se fundamentalmente da projeção de seus próprios sentimentos e idéias sobre a imagem sutil e despojada do artista alemão.”

Benjamin atribui a expressão *angelus novus* ao Anjo da História, ao novo mensageiro da história, aquele que traz a notícia, mas agora uma outra notícia da história. Ao correlacionar *progresso* e *tempestade catastrófica*, ele precisamente inverte os termos do modelo hegeliano.

Com tal expressão, é realizado um confronto com a filosofia da história de Hegel, “essa imensa teodicéia racionalista que legitimava cada ‘ruína’ e cada infâmia histórica como etapa necessária da marcha triunfal da Razão, como momento inevitável do Progresso da humanidade rumo à Consciência da Liberdade: ‘*Weltgeschichte ist Weltgericht*’ [‘A história universal é o tribunal universal’]”⁴⁴. Mas não só a filosofia hegeliana da história é posta em xeque: também as formulações kantiana e cristãs, respectivamente, quanto a um progresso secular indefinido e quanto a uma peregrinação rumo ao mundo celestial, não obstante os infortúnios nesse caminhar. E inclusive um materialismo histórico acomodado que aguarda passivamente a vitória do proletariado e o advento do comunismo, como evolução última da humanidade. Parece, ainda, que Benjamin também confronta um messianismo judaico que espera conformadamente a vinda do messias para agraciar o povo escolhido.

A proposta benjaminiana de “escovar a história a contrapelo”, lema da tese VII, assenta-se na idéia de que a história até então fora contada apenas da perspectiva dos vencedores (lembremos que Benjamin está redigindo as teses em 1940). Por isso, ele afirma que “nunca há um documento da cultura que não seja, ao mesmo tempo, um [documento] da barbárie”; e também o processo de transmissão cultural, de louvor e celebração dos bens culturais, do patrimônio cultural, não está livre da barbárie.

É preciso, pois, que a história seja também perscrutada no seu aspecto de barbárie ao longo de todo o caminho de edificação do que hoje chamamos de *humano*. De resto, a história sempre fora contada por um fator de empatia, de identificação afetiva (*Einfühlung*; *identification affective*, na tradução

⁴⁴ Löwy, *idem*, 92: “Segundo Hegel, a história parece, à primeira vista, um imenso campo de ruínas, onde ressoam ‘as lamentações anônimas dos indivíduos’, um altar em que ‘foram sacrificadas a felicidade dos povos... e a virtude dos indivíduos’. Diante desse ‘quadro aterrorizante’, estaríamos inclinados a ‘uma dor profunda, inconsolável, que nada poderia apaziguar’, uma profunda revolta e aflição moral. Ora, é preciso ir além desse ‘primeiro balanço negativo’, e se colocar acima dessas ‘reflexões sentimentais’, para compreender o essencial, ou seja, que as ruínas são apenas meios a serviço do destino substancial, do ‘verdadeiro resultado da história universal’: a realização do Espírito universal.”

francesa feita pelo próprio Benjamin) com a figura do vencedor, de suas instituições e de suas categorias de pensamento.

Ainda assim – mesmo que se tenha a consciência de questionar a linearidade do tempo, passar a vê-lo criticamente como um tempo vazio e homogêneo –, estamos acostumados ao *continuum* da história, à periodização insossa que impõe a datação cronológica dos dados históricos. Não há como simplesmente nos livrarmos de *Khrónos*. Mas é preciso lembrar que esse deus devora seus filhos, como na pintura de Goya *Saturno devorando um filho* (1820-1823).

Por isso, Benjamin propõe a inversão do processo, a substituição da noção de progresso pela de catástrofe. O filósofo, contudo, nos adverte que diante desta visão pessimista e melancólica, fundamentalmente necessária, é preciso que não caiamos num ceticismo conformista que entrega os pontos, numa *acedia*. É fundamental “organizar esse pessimismo”⁴⁵. Precisamos, portanto, romper com esquemas convencionais de assimilação e transmissão da história e do patrimônio cultural e fomentar o interesse por essas questões a partir da “ordem da luta, não da ordem de uma coleção”.

Pois bem. À concepção de tempo como *khrónos* homogêneo e vazio, Benjamin opõe uma outra, do tempo como “intensidade e inovação, retomando a antiga tradição do momento oportuno, do *kairós*, uma categoria essencial para o pensamento político antigo (saber agarrar o instante decisivo da transformação possível), mas também retórico (saber encontrar o argumento decisivo que consiga persuadir) e teológico (o momento da iluminação e da conversão)”.

Simultaneamente, a concepção da memória se modifica: de mecanismo dócil a serviço de uma intenção consciente, ela se converte em meio de iluminação recíproca entre um passado – até aí esquecido – e um presente concebido como limiar possível de uma transformação existencial, individual e coletiva, mas também estética e política. (Gagnebin 1, p. 64)

⁴⁵ “Organizar o pessimismo significa... descobrir o espaço imaginário... no interior da ação política” (Benjamin-Archiv, Ms 490, in *Gesammelte Schriften*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, v. I, 3, p. 1234).

Por isso Benjamin nos diz que é preciso “explodir o contínuo da história” (teses XIV, XV e XVI), reconhecer aquele lampejo fugaz que se apresenta no instante de perigo, mas que justamente por isso é o momento oportuno, decisivo (*Jetztzeit*: o tempo-agora). Do contrário, corremos o risco, e esse risco não tem cessado de se materializar, corremos o risco de que “uma imagem irrestituível do passado [desapareça] com cada presente que não se reconhece como nela visado” (tese V).

Essa apreensão do instante oportuno constitui-se numa interrupção política (a exemplo da interrupção “messiânica”, como nos diz Benjamin) que põe em questão a hegemônica visão de tempo histórico e, simultaneamente, o tradicional esquema do *lembrar*, como uma espécie de reivindicação ética⁴⁶ da necessidade de outra rememoração: a daquelas formas de vida e de suas potencialidades que desapareceram sem poder cumprir suas promessas e anseios⁴⁷.

É a memória de um passado que perdura, de um passado que não cessa de nos interpelar, cuja permanência “não abole a morte dos mortos, mas faz dos vivos seus herdeiros e interlocutores” (Gagnebin 2, p. 49).

2. Chegado aqui, é iminente a pergunta: e o direito, onde se encaixa nisso tudo? Ou melhor, e o direito e sua história?

No ensaio *Zur Kritik der Gewalt* (Crítica do poder-violência), Benjamin pretende mostrar a origem do direito (de suas instituições, de sua autoridade – do poder jurídico) a partir do espírito da violência. E nos diz que “para tal crítica, [é preciso] encontrar uma perspectiva fora do direito positivo, mas também fora do direito natural”; e “apenas o estudo do direito dentro da filosofia da história pode fornecer tal perspectiva”. Para o filósofo, “a crítica da violência é a filosofia de sua história”. E isso “porque somente a idéia do seu final

⁴⁶ Algo de algum modo similar ao *Zachor!* [“Lembra-te”] hebraico, que remete ao aspecto histórico-cultural do povo judeu, das diásporas e perseguições sofridas e dos infortúnios de toda sorte.

⁴⁷ Como diz Reyes Mate: “Si los muertos no importan, entonces la felicidad no es cosa del hombre sino del superviviente” (2006, p. 27).

permite um enfoque crítico, diferenciador e decisivo de suas datas temporais” (1986, pp. 161-162 e 164).⁴⁸

Benjamin, neste ensaio de 1921, jogará com a duplicidade semântica do termo alemão *Gewalt*, traduzido como *violência*, mas que também significa simplesmente *poder* (o poder institucional, legal). Jacques Derrida, ao comentar o ensaio benjaminiano, explica que “*Gewalt* significa também, para os alemães, poder legítimo, autoridade, força pública. *Gesetzgebende Gewalt* é o poder legislativo, *geistliche Gewalt* é o poder espiritual da Igreja, *Staatsgewalt* é a autoridade ou o poder do Estado. *Gewalt* é, portanto, ao mesmo tempo a violência e o poder legítimo, a autoridade justificada” (2007, pp. 9-10). Benjamin, por sua vez, estará a todo tempo pondo em questão precisamente os aspectos da legitimidade (dos meios) e da justificação (dos fins) da *Gewalt*⁴⁹.

Podemos então considerar que, para a crítica do direito, somente a filosofia de sua história poderá oferecer uma abordagem diferenciada. E a filosofia da história não é uma pura e simples cronologia que ameaharia, no caso do direito, seus institutos, práticas e saberes de modo exclusivamente diacrônico.

O que está em questão, portanto, é um estudo intercambiante entre reflexões historiográficas, que separam o tempo em presente, passado e futuro, e reflexões histórico-filosóficas que permitem reconhecer no presente “um sopro de ar que envolveu os que nos precederam”, um ressoar “nas vozes a que damos ouvidos [de] um eco das que estão, agora, caladas” (tese II, de Benjamin). Em outros termos, é necessário estabelecer um campo tensional entre reflexões diacrônicas e reflexões sincrônicas.

Correlacionar uma investigação eminentemente historiográfica, diacrônica, a uma perspectiva que permite vislumbrar o insistente retorno no presente de uma história que sempre fora silenciada parece ser um primeiro passo e uma aposta numa direção que possibilite não apenas “evocar a

⁴⁸ Na edição alemã dos *Gesammelte Schriften*, v. II, 1 [1977], p. 179-203.

⁴⁹ No *incipit* de sua *Crítica*, Benjamin diz: “A tarefa de uma crítica da violência pode ser definida como a apresentação de suas relações com o direito e a justiça. Pois, qualquer que seja o efeito de uma determinada causa, ela só se transforma em violência, no sentido forte da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera de tais relações é designada pelos conceitos de direito e justiça” (1986, p. 160).

existência ou a possibilidade de outros tempos e outras formas de vida” enquanto “experiência do estranhamento”⁵⁰ (Costa, 2007, p. 17). Além da evocação do passado como estranhamento, sobretudo uma aposta que permita, a partir de uma *estranha familiaridade*, pensar outro tempo e outras formas de vida que *possam surgir*, e atuar positivamente para torná-los efetivos.

Se isso é possível e verdadeiro, “um encontro secreto está então marcado entre as gerações passadas e a nossa” (tese II), possibilitado com primazia pela generosidade e perspicácia dos estudiosos e pensadores que virão. Talvez haja, mais do que imaginamos, algo de extraordinariamente comum entre o historiador do direito e o personagem Bucéfalo do conto *O novo advogado*, de Franz Kafka⁵¹.

É nesse contexto que a aporia fundamental do direito, que Benjamin apontará, no ensaio de 1921, como a *indecidibilidade* de todo problema jurídico (1986, p. 171), talvez careça ser tratada. E é justamente tal aporia que será retomada e refletida pelo filósofo italiano Giorgio Agamben em suas últimas obras.

Agamben mobilizará uma figura do direito romano arcaico, o *Homo sacer* – cujo nome dá título à obra em série –, enquanto vítima paradigmática do dispositivo originário do direito: o estado de exceção, um mecanismo aporético que constitui o âmago fundante do *jurídico*. Em *Estado de exceção*, segundo volume da série, Agamben construirá uma teoria do estado de exceção a partir sobretudo, mas não somente, da tese VIII de Benjamin sobre a história – cujo início é o seguinte: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra. Precisamos encontrar um conceito de história que corresponda a esse fato”.

⁵⁰ Aliás, essa “experiência do estranhamento” mencionada por Pietro Costa não é, em alguma medida, justamente a experiência filosófica por excelência, o *thaúmazein*, o espanto de que falam Aristóteles e Platão?

⁵¹ Conforme assinala Agamben: “Ao desmarcamento da violência mítico-jurídica operado pela violência pura corresponde, no ensaio sobre Kafka, como uma espécie de resto, a enigmática imagem de um direito que não é mais praticado, mas apenas estudado. Há, portanto, ainda uma figura possível do direito depois da deposição de seu nexa com a violência e o poder; mas se trata de um direito sem força mais, nem aplicação, como aquele em cujo estudo se aprofunda o ‘novo advogado’ folheando ‘os nossos velhos códigos’; ou como aquele que Foucault talvez tivesse em mente quando falava de um ‘novo direito’, liberto de toda disciplina e de toda relação com a soberania” (2003, p. 82).

A obra de Giorgio Agamben parece figurar justamente como um exemplo de investigação histórico-filosófica no sentido benjaminiano do termo. Na introdução de *O poder soberano e a vida nua*, ele consigna o seguinte:

A tese de uma íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo [...] não é, obviamente [...], uma tese historiográfica, que autorize a liquidação e o achatamento das enormes diferenças que caracterizam sua história e seu antagonismo; não obstante isso, no plano histórico-filosófico que lhe é próprio, há de ser mantida com firmeza, porque somente ela poderá permitir nos orientarmos diante das novas realidades e das imprevistas convergências deste fim de milênio, desobstruindo o campo em direção àquela nova política que ainda resta em grande parte inventar. (2004, p. 18)

E o que lhe permite afirmar algo que soa como um escândalo – “a íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo”? Afora a experiência do regime nazista que, do ponto de vista constitucional, legitimamente funcionou durante doze anos sob um estado de exceção e procurou exterminar categorias inteiras da população (judeus, doentes mentais, ciganos, homossexuais, comunistas), podemos visualizar, hoje, a prisão americana na baía de Guantánamo, em Cuba, como um espaço (ou um não-espaço) em que a vida, desprovida de qualquer qualificação, mas apenas existente enquanto mero viver biológico, e o direito atingem sua máxima indeterminação⁵².

3. A vida, evidentemente, está aqui em questão e no seu âmago, assim como a relação entre vida e direito. Por ora, contudo, é suficiente adiantarmos que a crítica histórico-filosófica do direito não prescinde – ao contrário, exige – que sua realização se dê no horizonte biopolítico.

De maneira geral, pode-se dizer que na biopolítica está em jogo, como objetivo explícito ou implícito, a tutela da vida biológica – quer do indivíduo pertencente a um conjunto, quer da população – em todos os seus aspectos.

À diferença de Foucault – que vê a biopolítica como fenômeno que se forma em meados do séc. XVIII (Foucault, 1988, p. 151-152) –, Agamben a

⁵² Cf. Agamben, 2003, p. 13.

identificará como um evento que atravessa toda a política ocidental desde sua fundação – isto é, tanto a antiga quanto a moderna (para usar uma separação bastante esquemática) – e que, na modernidade, irrompe com toda força e encontra seu lugar mais explícito no campo de concentração:

antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. (2004, p. 127)

a biopolítica é tão antiga quanto a exceção soberana (*idem*, p. 14)

a política ocidental é, desde o início, uma biopolítica (*idem*, p. 187)

Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii*” (*idem*, p. 14)

“Uma das características essenciais da biopolítica moderna (que chegará, no nosso 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” (*idem*, 138)

É sabido, como bem explica Ricardo Marcelo Fonseca, “que o sentido de norma no pensamento de Foucault [...] não tem o mesmo significado que o sentido *jurídico* de norma. A norma [no primeiro caso] é uma medida, um modo de produzir uma medida comum. A norma [...] fornece o parâmetro; é uma maneira de ordenar as multiplicidades, de as articular, de as relacionar consigo de acordo com um princípio de pura referência a si, mas sem nenhum recurso a nenhuma exterioridade. [...]. A norma é uma maneira particular de resolver o problema da intersubjetividade” (2002, pp. 105-106).

O próprio Foucault ainda precisará, como resultado do desenvolvimento da biopolítica, “a importância crescente assumida pela atuação da norma, a

expensas do sistema jurídico da lei”, como também “que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são reguladoras. Uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida” (1988, pp. 156-157).

Por sua vez, Agamben dirá que o “direito tem caráter normativo, é ‘norma’ (no sentido próprio de ‘esquadro’) não porque comanda e prescreve, mas enquanto deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real, *normalizá-la*” (2004, p. 33). Isso se afina com a explicação acima de Fonseca no sentido de que a norma, para Foucault, é uma medida geral que busca ordenar e relacionar as multiplicidades através de um princípio de referência a si.

Nessa perspectiva, é interessante observar que, para Günther Jakobs, o sistema social estaria justamente configurado por normas, não necessariamente jurídicas, que corresponderiam às expectativas normativas da sociedade. Ele explicitamente afirma que seu “punto de partida [...] no es una garantía de que las normas en cuestión sean normas jurídicas en sentido enfático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí” (1996, p. 25).

Em suma, é preciso atentar para o fato de que tanto a espécie (população) quanto o indivíduo e seu corpo psicossomático confluem e são derivações do que se pode chamar de simples corpo vivente. Temos, pois, o corpo político ou social e o corpo do indivíduo; o caráter biológico atravessa e determina ambos. É esse sentido que permitirá Agamben falar no “controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os ‘corpos dóceis’ de que necessitava” (2004, p. 11), do mesmo modo que “a produção de um corpo biopolítico” é “a contribuição original do poder soberano” (*idem*, p. 14).

1. A estrutura da exceção e o paradoxo do poder soberano

1.1. Se, como diz Agamben, “a exceção é a estrutura da soberania” (2004, p. 35), precisamos compreender qual é a estrutura da própria exceção enquanto tal para então compreendermos o funcionamento da soberania.

De um modo geral, a exceção soberana – ou o caso jurídico excepcional – pode ser definida como a negatividade do direito, o que não se confunde com negação do direito propriamente, mas com sua suspensão. A negatividade do direito é a possibilidade última de fundamentar a própria positividade jurídica. Somente porque a negatividade é pressuposta – como possibilidade de suspensão do direito – é que a positividade jurídica pode ter lugar. Essa é a relação entre normalidade jurídica e exceção soberana, em que a exceção é pressuposta negativamente como aquilo que subsiste fora da normalidade ao tempo mesmo em que a funda.

Da mesma maneira, somente é possível conceber a ordem como tal pressupondo-se o caos como seu fundamento negativo. Mas nessa relação não se deve visualizar o caos como algo que precede a ordem, do mesmo modo que a exceção não antecede a norma: pode-se dizer que o caso de exceção é propriamente o que tem lugar quando a norma é suspensa.

A exceção é uma peculiar relação de exclusão, “é um caso singular que é excluído da norma geral” (*idem*, p. 25). Por isso mesmo a exceção se mantém em relação com a norma sob a forma da suspensão desta. Não há uma exclusão absoluta que coloque a exceção fora de qualquer relação com a norma, como se fosse um irrelato (sem-relação). Ao contrário, como dirá Agamben, “a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora*⁵³ (*ex-capere*) e não simplesmente excluída” (*ibid.*):

⁵³ No original, “presa fuori”.

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. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamemos *relação de exceção* a esta forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão.

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos uma *fattispecie*, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei. (*idem*, p. 26)

Segundo Agamben, “a tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção é obra de Carl Schmitt” (2003, p. 44), já que o jurista alemão procurou estabelecer entre soberania e estado de exceção uma contigüidade fundamental, concebendo a figura do soberano como “quem decide sobre o estado de exceção” (Schmitt, p. 7).

Se é representativa do caráter paradoxal da soberania a definição schmittiana “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (*idem*, p. 8; Agamben, 2004, p. 23) porque cabe a ele decidir da suspensão ou não da constituição, a decisão soberana acerca da exceção cria e define “o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor”, ou seja, para que haja a localização (*Ortung*) da ordem jurídica (*Ordnung*), é preciso não apenas “distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos”, mas traçar “entre eles um limiar” onde interno e externo se complicam e se indeterminam ao mesmo tempo em que “tornam possível a validade do ordenamento” (Agamben, 2004, p. 26): esse limiar é o estado de exceção.⁵⁴

⁵⁴ Cf. ainda: “O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite.” (Agamben, 2003, p. 13).

O que está em questão na decisão sobre o estado de exceção é que a suspensão da norma é aquilo que justamente possibilita “a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma” ou, como diz Schmitt, citado por Agamben, “deve-se criar a situação em que possam valer [*gelten*] normas jurídicas” (2003, p. 49).

O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real. (*ibid.*)

Dado que “não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos”, este deve ser primeiro incluído no ordenamento através da criação de uma zona de indiferença entre externo e interno, caos e situação normal: o estado de exceção. Para se referir a algo, uma norma deve, de fato, pressupor aquilo que está fora da relação (o irrelato) e, não obstante, estabelecer deste modo uma relação com ele. A relação de exceção exprime assim simplesmente a estrutura originária da relação jurídica. A decisão soberana sobre a exceção é, neste sentido, a estrutura político-jurídica originária, a partir da qual somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem seu sentido. Na sua forma arquetípica, o estado de exceção é, portanto, o princípio de toda localização jurídica, posto que somente ele abre o espaço em que a fixação de um certo ordenamento e de um determinado território se torna pela primeira vez possível. Como tal, ele mesmo é, porém, essencialmente ilocalizável (ainda que se possa de quando em quando atribuir-lhe limites espaço-temporais definidos). O nexo entre localização (*Ortung*) e ordenamento (*Ordnung*), que constitui o “*nómos da terra*” (Schmitt, 1974, p. 70) é, portanto, ainda mais complexo do que Schmitt o descreve e contém em seu interior uma ambigüidade fundamental, uma zona ilocalizável de indiferença ou de exceção que, em última análise, acaba necessariamente por agir contra ele como um princípio de deslocamento infinito. Uma das teses da presente investigação é a de que o próprio estado de exceção, como estrutura política fundamental, em nosso tempo, emerge

sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se a regra. Quando nosso tempo procurou dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração. [...]. E é este espaço de exceção, no qual o nexó entre localização e ordenamento é definitivamente rompido, que determinou a crise do velho “*nómos da terra*”. (Agamben, 2004, p. 27)

1.2. A analogia entre norma jurídica e linguagem é elucidativa. Na linguagem, podemos visualizar duas dimensões que permitem seu estudo separado: de um lado, um puro sistema lexical abstrato, com suas regras sintáticas, semânticas, morfológicas etc., isto é, a língua enquanto sistema de signos sem referência ao real, aquilo que Ferdinand de Saussure designa por *langue*; de outro, a *parole*, vale dizer, o discurso em ato, a fala na sua função de denotar um segmento da realidade, o discurso enquanto instância concreta e atual e em ação, tal como realizada pelo falante (Saussure, 2006).

Do mesmo modo que a linguagem possui duas instâncias que podem ser vistas como dissociadas, a norma jurídica, por sua vez, por ser geral e valer de forma independente para todos os casos, não se confunde com sua aplicação, isto é, com aquilo que lhe permite incidir sobre o caso particular.

Portanto, assim como a validade da norma está para a *langue*, a aplicação concreta daquela está para a *parole*, e “assim como a atividade linguística concreta torna-se inteligível pela pressuposição de algo como uma língua, a norma pode referir-se à situação normal pela suspensão da aplicação no estado de exceção”, ou seja, pela pressuposição da exceção na gênese da norma:

De modo geral, pode-se dizer que não só a língua e o direito, mas também todas as instituições sociais, se formaram por um processo de dessemantização e suspensão da prática concreta em sua referência imediata ao real. Do mesmo modo que a gramática, produzindo um falar sem denotação, isolou do discurso algo como uma língua, e o direito, suspendendo os usos e os hábitos concretos dos indivíduos, pôde isolar algo

como uma norma, assim também, em todos os campos, o trabalho paciente da civilização procede separando a prática humana de seu exercício concreto e criando, dessa forma, o excedente de significação sobre a denotação que Lévi-Strauss foi o primeiro a reconhecer. O significante excedente – conceito-chave nas ciências humanas do século XX – corresponde, nesse sentido, ao estado de exceção em que a norma está em vigor sem ser aplicada. (Agamben, 2003, p. 50)

A exceção soberana – enquanto zona de indiferenciação entre fato e direito, natureza e civilização – é a pressuposição do referente jurídico na forma da suspensão deste (cf. Agamben, 2004, p. 28). E do mesmo modo que acontece no direito, a “linguagem é o soberano que, em permanente estado de exceção, declara que não existe um fora da língua, que ela está sempre além de si mesma. A estrutura particular do direito tem seu fundamento” – como visto acima – “nesta estrutura pressuponente da linguagem humana. Ela exprime o vínculo de exclusão inclusiva ao qual está sujeita uma coisa pelo fato de encontrar-se na linguagem, de ser nominada. Dizer, neste sentido, é sempre *ius dicere*” (*idem*, p. 29).

1.3. A exceção é um mecanismo paradoxal. Ela é, como diz Agamben, “o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão” (2003, p. 10). Sob essa ótica, dentro e fora, inclusão e exclusão se tornam indistinguíveis. E o estado de exceção, como *locus* originário e fundador da ordem jurídica, constitui-se por aquele limiar ou zona de indeterminação entre fato político e direito público, entre política e direito — em suma, entre ordem jurídica e vida, onde aquilo que não pode ser incluído vem a sê-lo na forma da exceção, como inclusão-exclusiva.

O direito inclui em si a vida suspendendo-se, isto é, desaplicando-se. Através da decisão soberana acerca da exceção, o direito aplica-se a esta desaplicando-se, e inclui a exceção como algo que lhe é exterior: *ex-capere*, captura-a fora. Por isso vida (*quaestio facti*) e direito (*quaestio iuris*) se tornam indistinguíveis, assim como decisão política (à qual caberia os rumos da vida

da comunidade) e decisão jurídica (à qual caberia dizer do justo e do injusto no âmbito da própria comunidade) se tornam indiscerníveis.

A relação de exceção constitui o que Agamben denominará de *bando*, enquanto uma especial forma de relação. Se o direito se reporta à vida e nesse movimento a inclui excepcionando-a – isto é numa inclusão-exclusiva –, também a exclui incluindo-a, numa exclusão-inclusiva, pois o direito se subtrai à vida, se retira dela ao incluí-la — abandona-a:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão. Retomando uma sugestão de Jean-Luc Nancy, chamemos *bando* (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio da *dýnamis* aristotélica, que é sempre também *dýnamis mè energeîn*, potência de não passar ao ato) da lei de manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, *a bandono* significam em italiano tanto ‘à mercê de’ quanto ‘a seu talante, livremente’, como na expressão *correre a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto ‘excluído, posto de lado’ quanto ‘aberto a todos, livre’ [...]). É neste sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma: “não existe um fora da lei”. *A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono*. A potência insuperável do *nómos*, *a sua originária “força de lei”*, é que ele mantém a vida em seu bando abandonando-a. (2004, pp. 35-36)

É sob essa perspectiva que procuraremos visualizar a figura do inimigo no direito penal, isto é, sob essa peculiar forma de relação. Não, portanto, como uma simples exclusão do ordenamento jurídico normal, mas como um limiar de indeterminação entre fora e dentro, exclusão e inclusão, fato e direito, uma relação de abandono onde o que é abandonado ou banido se diz em italiano *bandito*, do qual deriva o nosso vocábulo “bandido”.

1.4. O paradoxo da exceção soberana apresenta ainda uma singular característica. Se o “estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei)”, então tal “força de lei, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como [...] uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia” (Agamben, 2003, p. 52).

Simultaneamente tem-se uma pura *forma de lei*, ou seja, a lei vige sem significar, sem ser aplicada; e uma aplicação sem vigência, um força de lei sem lei, uma *força de lei*. O que traduz o caráter paradoxal da exceção soberana.

O estado de exceção é [...] a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, os 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. (*idem*, p. 54)

Tudo acontece como se o direito e o *logos* tivessem necessidade de uma zona anômica (ou alógica) de suspensão para poder fundar sua referência ao mundo da vida. O direito parece não poder existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através do

aprisionamento do não lingüístico. Em ambos os casos, o conflito parece incidir sobre um espaço vazio: anomia, *vacuum* jurídico de um lado e, de outro, ser puro, vazio de toda determinação e de todo predicado real. Para o direito, esse espaço vazio é o estado de exceção como dimensão constitutiva. A relação entre norma e realidade implica a suspensão da norma, assim como, na ontologia, a relação entre linguagem e mundo implica a suspensão da denotação sob a forma de uma *langue*. Mas o que é igualmente essencial para a ordem jurídica é que essa zona – onde se situa uma ação humana sem relação com a norma – coincide com uma figura extrema e espectral do direito, em que ele se divide em uma pura vigência sem aplicação (a forma de lei) e em uma aplicação sem vigência: a força de lei. (*idem*, pp. 77-78)⁵⁵

1.5. A soberania talvez apresente sua mais flagrante expressão paradoxal na distinção entre poder constituinte e poder constituído, distinção que deve ser vista como a problemática e ambígua relação entre eles. As tradicionais e até hoje não superadas posições sobre o assunto se dividem entre aqueles que afirmam “o caráter originário e irreduzível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum condicionado e constringido por um ordenamento externo a todo poder constituído”; e os que reduzem “o poder constituinte ao poder de revisão previsto na constituição” e colocam “de lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição” (Agamben, 2004, p. 48).

No ensaio *Crítica da violência*, Benjamin identificará a relação entre poder constituinte e poder constituído como aquela entre violência que institui (ou põe) o direito e violência que o mantém (ou conserva). Seguindo essa orientação, Agamben propõe que a famosa tese de Sieyès (“a constituição supõe antes de tudo um poder constituinte”) seja lida no sentido de que “a constituição se pressupõe como poder constituinte”, o que torna explícito o caráter paradoxal da soberania (*ibid.*):

⁵⁵ Ainda: “Uma pura forma de lei é apenas a forma vazia da relação; mas a forma vazia da relação não é mais uma lei, e sim uma zona de indiscernibilidade entre lei e vida, ou seja, um estado de exceção” (Agamben, 2004, p. 66).

Como o poder soberano se pressupõe como estado de natureza, que é assim mantido em relação de bando com o estado de direito, assim ele se divide em poder constituinte e poder constituído e se conserva em relacionamento com ambos, situando-se em seu ponto de indiferença. (*ibid.*)

Tendo como premissa a oitava tese benjaminiana (“o estado de exceção [...] tornou-se a regra”), Agamben identificará o estado de exceção como um paradigma de governo, uma técnica que cada vez mais é empregada pelos Estados, e não apenas uma medida excepcional. Mas, além de uma técnica de governo, também “sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica” (2003, p. 16).

Após traçar um esboço histórico sobre o estado de exceção, da Revolução Francesa ao art. 48 da Constituição de Weimar, dos dispositivos legais durante a Primeira Guerra aos decretos do executivo com força de lei nos casos de emergência econômica numa espécie de assimilação implícita entre urgência econômica e crise militar, Agamben conclui o seguinte: “conforme uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo” (*idem*, p. 24).

Nesse contexto, chama a atenção a coincidência entre o que Jakobs dirá sobre o inimigo – trata-se de “eliminação de um perigo” (2005, p. 63) – e aquilo que Clinton L. Rossiter, um jurista americano, citado por Agamben, que em 1948, ou seja, no imediato pós-guerra, disse a respeito da ditadura constitucional em tempos emergenciais de crise governamental nas modernas democracias:

em tempos de crise, o governo constitucional deve ser alterado por meio de qualquer medida necessária para neutralizar o perigo e restaurar a situação normal. Essa alteração implica, inevitavelmente, um governo mais forte, ou seja, o governo terá mais poder e os cidadãos menos direitos (Rossiter, 1948, p. 5) (cf. Agamben, 2003, p. 18)

A diferença entre ambas as passagens, o que torna a semelhança realmente uma mera coincidência, está no fato de que, para Jakobs, a distinção entre inimigo e cidadão não é uma medida emergencial, mas sim uma regra distintiva, que visualiza uma categoria permanentemente fora da situação jurídica normal. No fundo, tende a normalizar a exceção, o que converge para o que Benjamin afirmara, na oitava tese, sobre o estado de exceção tornado regra.

1.6. É preciso ainda compreender uma diferenciação – talvez a mais fundamental – que Jakobs apresenta para sua explicação funcional do sistema jurídico-penal, uma distinção binária que opõe “sociedade” e “mundo exterior” ou “sentido” e “natureza”, ou ainda “sentido comunicativamente relevante” e “mundo exterior à comunicação”:

En el marco de una explicación funcional la distinción fundamental es: sociedad o mundo exterior. Refiriéndolo a la comunicación, me gustaría formularlo de la siguiente manera: sentido o naturaleza. Con otras palabras, o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza, aunque dicho autor llegue a considerar en privado que ese mundo natural tiene sentido. *Tertium non datur*. Lo que se entiende como naturaleza y lo que se entiende como sentido se determina funcionalmente. [...]. Desde el punto de vista que aquí interesa, el del Derecho penal, el concepto de culpabilidad es el que separa el sentido de la naturaleza. (1996, pp. 59-60)

Una vez afirmada la existencia del injusto, toda ausencia de culpabilidad, bien por falta de capacidad de culpabilidad, por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta de exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo-individual, casual, y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación). (*idem*, p. 63)

[...] el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento [...] (*idem*, p. 26)

Até que ponto essa relação entre mundo exterior e comunicação (ou mundo racional), sentido e natureza, é decisiva para se chegar ao que poderíamos chamar de uma irrelevância comunicacional ou de significado (sobre a existência) do inimigo é o que procuraremos investigar. Assim como a hipótese de que essa temática não diz respeito apenas a um contexto isolado e exclusivo do direito penal, ainda que se procure isolá-lo mediante diferenciações e abstrações.

2. *Homo sacer e vida sacra*

2.1. No antigo direito romano havia uma figura que até os dias de hoje tem-se apresentado obscura e controvertida aos olhos dos estudiosos. O gramático latino Festo registra em seu *Sobre o significado das palavras* uma espécie de indivíduo cuja sacralidade estaria precisamente na autorização de seu extermínio por qualquer um e na proibição de levá-lo à morte nas formas prescritas pelos rituais. Sua matança, pois, estaria tanto fora do âmbito humano (*ius humanum*) quanto do divino (*ius divinum*).

Essa é a paradoxal situação na qual se encontrava o *homo sacer*, ou homem sacro, no direito romano arcaico, cuja especificidade reside justamente na impunidade de sua morte e na interdição de seu sacrifício (2004, p. 81). Émile Benveniste menciona o registro de Festo a respeito do *homo sacer*:

Lemos uma definição instrutiva e explícita em Festo: “*homo sacer is est quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricidi non damnatur*”.⁵⁶ Aquele que é dito *sacer* porta uma verdadeira culpa infamante que o coloca fora da sociedade dos homens: deve-se fugir ao seu contato. Se ele é morto, tal não constitui homicídio. Um *homo sacer* é para os homens o que o animal *sacer* é para os deuses: nem um nem outro possuem nada em comum com o mundo dos homens. (2001, p. 427)

⁵⁶ Agamben, no seu *Homo sacer* (2004, p. 79), reproduz a definição de Festo com mais elementos: “*At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur ‘si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit’*. Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet.” [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 tribunícia 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] (A tradução consta da nota 18, à p. 196, feita pelo tradutor da edição brasileira).

[...] não há *sanção* para aquele que [...] torna-se [...] *sacer*; é banido da comunidade, não se o pune, assim como tampouco aquele que o mata. (*idem*, p. 428)

Segundo Agamben, o *homo sacer* constitui a memória de uma figura em que pela primeira vez o caráter da sacralidade ligou-se à vida humana enquanto tal (2004, p. 79). Mas essa sacralidade precisa ser adequadamente compreendida, já que a condição de *sacer* do *homo sacer* justamente o colocava fora, e de forma irrestrita, dos ritos de sacrifício e seu assassinio não constituía sacrilégio, o que à primeira vista parece contraditório.

Desde a segunda metade do séc. XIX – o que coincide com a formação das ciências humanas – a investigação científica sobre o fenômeno social do “sagrado” ou “sacro” assentou-se na idéia – e assim tem permanecido – da ambivalência de seu caráter: tanto maldito quanto augusto, tanto repugnante quanto venerável, tanto nefasto (*nefas*) quanto magnífico ou fasto (*fas*). Essa dupla e antagônica valência, a partir de sua primeira formulação em 1889 nos seminários do inglês Robertson Smith (*Lectures on the religion of the Semites*), será então reproduzida e difundida sem oposição nos setores das ciências humanas (cf. Agamben, 2004, pp. 83-88). Nomes como Marcel Mauss, seu sobrinho Émile Durkheim, Sigmund Freud estarão entre aqueles que a estudarão sob esse registro e difundirão a idéia da ambigüidade do sacro. “Não por acaso” – diz Agamben – “as noções ambivalentes de *mana*, *tabu*, *sacer*” estarão no centro das discussões e da própria origem da moderna antropologia desde o final do séc. XIX (*idem*, p. 88).

Contudo, é justamente essa suposta ambigüidade do sagrado que não traduz a esfera semântica originária do nome *sacer* e as respectivas práticas e operações que a constituem, assim como tal ambigüidade é incapaz de dar conta do conteúdo jurídico-político a que se liga a noção arcaica do vocábulo: “Nenhuma pretensa ambivalência da categoria religiosa genérica do sacro pode explicar o fenômeno político-jurídico ao qual se refere a mais antiga acepção do termo *sacer*” (*ibid.*).

Ao tratar da estrutura da *sacratio* na definição de Festo, Agamben esclarece que ela resulta da conjunção de dois aspectos – a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício:

Antes de mais nada, o *impune occidi* configura uma exceção do *ius humanum*, porquanto suspende a aplicação da lei sobre homicídio atribuída a Numa (*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*). A própria fórmula referida por Festo (*qui occidit, parricidi non damnatur*) constitui antes, de algum modo, uma verdadeira e própria *exceptio* em sentido técnico, que o homicida chamado em juízo poderia opor à acusação, invocando a sacralidade da vítima. Mas até o *neque fas est eum immolari* configura, reparando bem, uma exceção, desta vez do *ius divinum* e de toda forma de matança ritual. As formas mais antigas de execução capital de que temos notícia (a terrível *poena cullei*, em que o condenado, com a cabeça coberta por uma pele de lobo, era encerrado em um saco com serpentes, um cão e um galo, e atirado na água, ou a defenestração do rochedo *Tarpea*) são, na realidade, mais ritos de purificação que penas de morte no sentido moderno: o *neque fas est eum immolari* serviria precisamente para distinguir a matança do *homo sacer* das purificações rituais e excluiria decididamente a *sacratio* do âmbito religioso em sentido próprio. (2004, p. 89).

É preciso observar que a *sacratio* diz respeito à vida daquela pessoa que se torna *sacer* e é excluída da esfera humana sem ascender para a divina. Diverso, porém, é o instituto da *consecratio* que consiste na operação ritual de transformar consagrada a vítima ou outro objeto, fazendo com que um e outro passem da dimensão humana para a divina:

Tem sido observado que enquanto a *consecratio* faz normalmente passar um objeto do *ius humanum* ao divino, do profano ao sacro (Fowler, 1920, p. 18), no caso do *homo sacer* uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina. De fato, a proibição da imolação não apenas exclui toda equiparação entre o *homo*

sacer e a vítima consagrada, mas, como observa Macróbio citando Trebácio, a licitude da matança implicava que a violência feita contra ele não constituía sacrilégio, como no caso das *res sacrae* (*cum cetera sacra violari nefas sit, hominem sacrum ius fuerit occidi*). (*idem*, pp. 89-90)

O que definirá, portanto, a condição do *homo sacer* será a peculiar característica de uma exclusão dúplice a que ele se encontra preso e à violência à qual está exposto. E a relação com o poder soberano parece estar no cerne desse mecanismo:

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. [...]. Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra*. (*idem*, p. 90)

Se a estrutura da soberania funda-se naquela relação de exceção em que a decisão soberana sobre o estado de exceção suspende a lei ao mesmo tempo em que inclui em si a vida excluindo-a, então o nexos entre soberania e *sacratio* aparece em tons mais nítidos, já que em ambas o que se mostra decisivo é a dupla exclusão de uma vida que a lança em um limiar de indeterminação:

[...] além tanto do direito penal quanto do sacrifício, o *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa no *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, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera. (idem, p. 91)

Em suma, a figura do *homo sacer* constitui para Giorgio Agamben um paradigma que, nos dias de hoje, pode iluminar e pôr em questão o que tradicionalmente se considera por “corpo social ou político” e passar a vê-lo como o novo corpo biopolítico do Ocidente, em que a vida biológica de cada indivíduo é o elemento político supremo e a aposta em jogo na qual se decide do seu valor ou do seu desvalor: “Na sua forma extrema [...] o corpo biopolítico do Ocidente (esta última encarnação da vida do *homo sacer*) se apresenta como um limiar de absoluta indistinção entre direito e fato, norma e vida biológica” (2004, p. 193):

A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono. (*idem*, p. 91)

Na modernidade, o princípio da sacralidade da vida se viu [...] completamente emancipado da ideologia sacrificial, e o significado do termo sacro na nossa cultura dá continuidade à história semântica do *homo sacer* e não à do sacrifício (daí a insuficiência das desmistificações, ainda que justas, hoje propostas por várias partes, da ideologia sacrificial). O que temos hoje diante dos olhos é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mas precisamente nas formas mais profanas e banais. (*idem*, p. 121)

2.2. Devemos então perguntar se essa estrutura da exceção soberana, que tem o *homo sacer* como primeiro paradigma jurídico-político da estrutura da soberania no Ocidente, apresenta alguma relação com a figura contemporânea do direito penal do inimigo e se pode eventualmente e de algum modo esclarecê-la.

É preciso adiantar uma primeira suspeita que possa talvez constituir uma pegada não irrelevante a ser seguida. O instituto da *lex sacrata* ou das *leges sacratae* será elucidativo nesse percurso. Agamben nos explica que a *lex sacrata*, no seu sentido original, determinava justamente o estatuto de uma vida matável:

O nexa entre a constituição de um poder político e a *sacratio* é atestado também pela *potestas sacrosancta* que compete, em Roma, aos tribunos da plebe. A inviolabilidade do tribuno se funda, na verdade, apenas sobre o fato de que, no momento da primeira secessão dos plebeus, estes juraram vingar as ofensas feitas ao seu representante, considerando o culpado como *homo sacer*. O termo *lex sacrata*, que designava impropriamente (os plebiscitos eram na origem claramente distintos das *leges*) aquela que era, na realidade, somente a “charte jurée” (Magdelain, 1978, p. 57) da plebe revoltada, não tinha originalmente outro sentido além daquele de determinar uma vida matável; mas, por isto mesmo, ela fundava um poder político que, de qualquer maneira, contrabalançava o poder soberano. Por isto, nada põe tão a nu o fim da velha constituição republicana e o nascimento do novo poder absoluto quanto o momento em que Augusto assume a *potestas tribunicia* e se torna assim *sacrosanctus* [...]. (2004, pp. 91-92)

Émile Benveniste, ao tratar do amplo espectro das instituições latinas *sacer* e *sanctus* em seu *Vocabulário das instituições indo-européias*, esclarece que “na expressão *legem sancire*, a *sanctio* é propriamente a parte da lei que enuncia a pena que culpará aquele que a contravir; *sanctio* é freqüentemente associado a *poena*”:

Por conseguinte, *sancire* equivale a *poena afficere*. Ora, na antiga legislação romana a pena era aplicada a alguns daqueles mesmos que intervinham como vindicadores. O princípio aplicado nos casos símiles pode ser formulado assim: *Qui legem violavit, sacer esto* “Que aquele que violara a lei seja

sacer”; as leis deste gênero chamavam-se *leges sacratae*. Assim, a lei tornava-se inviolável e esta “sanção” colocava a lei em vigor. Daí o uso do verbo *sancire* para indicar esta cláusula que permitia promulgar a lei. Não se dizia apenas *legem sancire*, *lex sancta*, mas também *lege sancire*, isto é, tornar algo inviolável por meio de uma lei, de uma disposição legal. (2001, pp. 427-428)

Se, como Benveniste afirmara, “não há *sanção* para aquele que se torna *sacer*”, este é “banido da comunidade”, “não se o pune”, nem “tampouco aquele que o mata”, então que espécie de “sanção” (posta em aspas por Benveniste) – que comina o princípio *sacer esto* – é esta que coloca a lei em vigor e a torna inviolável?

A *lex sacrata*, neste caso, parece confundir-se com a própria afirmação do poder soberano, em que uma pura forma de lei vige sem significar: a ausência de significado, aqui, implica a ausência de uma verdadeira *sanctio* no sentido próprio. Como na exceção soberana em que “a lei, tornada pura forma de lei, mera vigência sem significado, tende a coincidir com a vida” (Agamben, 2004, p. 62), a lei aqui aplica-se desaplicando-se, e uma mera forma de lei permite uma pura força de lei.

Se isto é correto, é possível ver na ausência de significado da pura coação que Jakobs vincula ao inimigo um eco daquela exclusão originária constitutiva do político. Nessa perspectiva, a imprópria “sanção” que a *lex sacrata* aplica (*sacer esto*) é contígua a que tipo de “culpa”?

As culpas às quais, segundo as fontes, segue-se a *sacratio* (como o cancelamento dos confins – *terminum exarare* –, a violência exercitada pelo filho sobre o genitor – *verberatio parentis* – ou a fraude do patrono em relação ao cliente) não teriam, então, o caráter de uma transgressão de uma norma, à qual se segue a relativa sanção; elas constituiriam, antes, a exceção originária, na qual a vida humana, exposta a uma matabilidade incondicionada, vem a ser incluída na ordem política. (*idem*, p. 93)

Agamben, em outra passagem, dirá que o que explica a “captura da vida no direito não é a sanção (que não é certamente característica exclusiva da norma jurídica), mas a culpa (não no sentido técnico que este conceito tem no direito penal, mas naquele original que indica um estado, um estar-em-débito: *in culpa esse*), ou seja, precisamente, o ser incluído através de uma exclusão, o estar em relação com algo do qual se foi excluído ou que não se pode assumir integralmente” (2004, p. 34).

Ora, não o cidadão, mas o inimigo no direito penal situa-se numa dimensão em que o estar-em-débito é permanente. O problema é que decidir quem é um e quem é outro põe em jogo uma decisão em que a aposta é o próprio cidadão:

*A culpa não se refere à transgressão, ou seja, à determinação do lícito e do ilícito, mas à pura vigência da lei, ao seu simples referir-se a alguma coisa. Esta é a razão última da máxima jurídica – estranha a toda moral – segundo a qual a ignorância da norma não elimina a culpa⁵⁷. Nesta impossibilidade de decidir se é a culpa que fundamenta a norma ou a norma que introduz a culpa, emerge claramente à luz a indistinção entre externo e interno, entre vida e direito que caracteriza a decisão soberana sobre a exceção. A estrutura “soberana” da lei, o seu particular e original “vigor” tem a forma de um estado de exceção, em que fato e direito são indistinguíveis (e devem, todavia, ser decididos). (*ibid.*)*

Se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri*. (*idem*, p. 121)

Do mesmo modo que a “lei de Numa sobre o homicídio (*parricidas esto*) forma sistema com a matabilidade do *homo sacer* (*parricidi non damnatur*) e não pode ser separada dela” (*idem*, p. 93), a última versão da teoria da pena

⁵⁷ Na sua forma latina, a máxima *ignorantia legis neminem excusat* parece derivar daquela outra *error iuris nocet*. Cf. Toledo, 1994, p. 266, Fragoso, 1985, p. 212 e Welzel, 2002, p. 188.

de Jakobs, que coincide no tempo precisamente com sua formulação com contornos mais nítidos sobre o direito penal do inimigo, forma sistema com este último e cada qual se torna então inseparável um do outro.

3. *Vida nua, crua coação*

Pois, de maneira alguma, o homem se reduz à mera vida...

Walter Benjamin

3.1. Talvez o conceito mais central e original da filosofia de Giorgio Agamben seja, não o de *homo sacer*, mas o de “vida nua”. Se bem que originalidade não foge à máxima latina *nihil ex nihilo*, de modo que a frase “estar sobre ombros de gigantes”⁵⁸ parece se aplicar bem ao caso. De todo modo, o que é preciso ter em mente é que a vida matável e insacrificável do *homo sacer* – isto é, a sua vida sacra – é justamente uma vida nua.⁵⁹

Foi de Walter Benjamin a sugestão que originou a locução *nuda vita* e, em boa medida, o desenvolvimento de sua noção. Ao fim do ensaio *Crítica da violência (Zur Kritik der Gewalt)*, de 1921, Benjamin indaga a respeito do porquê o mero viver, a mera vida (*bloß Leben*) assumira, na modernidade, um caráter sagrado que até então não detinha. Mas a indagação não fora além da indicação de que valeria a pena investigar o princípio da sacralidade da vida nos dias de hoje:

O que é que distingue essencialmente a vida humana da vida das plantas e dos animais? Mesmo que estes fossem sagrados, não o seriam porque estão no plano do mero viver.

⁵⁸ A frase original, atribuída a Isaac Newton, é a seguinte: “If I have seen a little farther than others it is because I have stood on the shoulders of giants”.

⁵⁹ De resto, o próprio Agamben dirá, na introdução a seu *Homo sacer*, que o “protagonista deste livro é a vida nua, isto é, a vida *matável e insacrificável* do *homo sacer*, cuja função essencial na política moderna pretendemos reivindicar” (2004, p. 16). Igualmente, à p. 107: “[...] no corpo do *homo sacer*, o mundo antigo se encontra pela primeira vez diante de uma vida que, excepcionando-se em uma dupla exclusão do contexto real das formas de vida, sejam profanas ou religiosas, é definido apenas pelo seu ser em íntima simbiose com a morte, sem porém pertencer ainda ao mundo dos defuntos. E é na figura desta ‘vida sacra’ que algo como uma vida nua faz a sua aparição no mundo ocidental. Decisivo é, porém, que esta vida sacra tenha desde o início um caráter eminentemente político e exiba uma ligação essencial com o terreno sobre o qual se funda o poder soberano.”

Sem dúvida, valeria a pena investigar o dogma do caráter sagrado da vida. Talvez, ou mesmo provavelmente, esse dogma seja recente, o último erro da enfraquecida tradição ocidental de procurar na impenetrabilidade cosmológica o sagrado que ela perdeu. [...]. ...é significativo que a qualificação de sagrado recaia sobre algo que, segundo o antigo pensamento mítico, é marcado para ser portador da culpa: a mera vida. (1986, p. 174)

Seguramente a questão da vida sempre esteve no âmago da história da filosofia, a ponto de Heidegger advertir, quando perguntado se a sua era uma filosofia da vida ou vitalista, que a questão possuía o mesmo nível tautológico de “botânica das plantas”.

A genealogia da investigação sobre o tema da vida, e suas várias facetas, remonta aos primórdios do pensamento grego. Portanto, a sugestão de Benjamin de modo algum se encontra à deriva ou apenas margeia o tema filosófico por excelência, ainda que a noção da sacralidade do mero viver possa, à primeira vista, aparentar um tom teológico simplista (que no máximo é uma derivação daquela proveniência filosófica).

De qualquer modo, a potência de rendimento que Agamben percebeu nessa noção – o que a torna propriamente um elemento filosófico – e como ele percorreu sua genealogia demonstram a própria autenticidade do filósofo.

Se a nossa hipótese está correta, a sacralidade é, sobretudo, a forma originária da implicação da vida nua na ordem jurídico-política, e o sintagma *homo sacer* nomeia algo como a relação “política” originária, ou seja, a vida enquanto, na exclusão inclusiva, serve como referente à decisão soberana. (Agamben, 2004, p. 92)

3.2. Os gregos possuíam dois vocábulos para expressar o que nós hoje designamos unicamente com o termo *vida*. De um lado, *zoé* para exprimir o mero fato de viver, concernente a qualquer ser vivo (deuses, homens, animais

ou plantas); de outro, *bíos*, que assinalava um modo de viver ou forma de vida específica e qualificada de um homem ou de um grupo de homens:

Quando Platão, no *Filebo*, menciona três gêneros de vida e Aristóteles, na *Ethica nicomachea*, distingue a vida contemplativa do filósofo (*bíos theoreticós*) da vida de prazer (*bíos apolausticós*) e da vida política (*bíos políticos*), eles jamais poderiam ter empregado o termo *zoé* (que, significativamente, em grego carece de plural) pelo simples fato de que para ambos não estava em questão de modo algum a simples vida natural, mas uma vida qualificada, um modo particular de vida. (*idem*, p. 9)

Hannah Arendt, em *A condição humana*, ao descrever o que entendia pelas três atividades fundamentais – trabalho (*labor*), fabricação (*work*) e ação – correlatas às condições básicas da vida do homem, faz também menção à noção grega tripartite de *bíos*:

Os três modos de vida [...] têm em comum o fato de se ocuparem do “belo”, isto é, de coisas que não eram necessárias nem meramente úteis: a vida voltada para os prazeres do corpo, na qual o belo é consumido tal como é dado; a vida dedicada aos assuntos da *polis*, na qual a excelência produz belos feitos; e a vida do filósofo, dedicada à investigação e à contemplação das coisas eternas, cuja beleza perene não pode ser causada pela interferência produtiva do homem nem alterada através do consumo humano. (1993, pp. 20-21)

A “vida boa”, como Aristóteles qualificava a vida do cidadão, era, portanto, não apenas melhor, mais livre de cuidados ou mais nobre que a vida ordinária, mas possuía qualidade inteiramente diferente. Era “boa” exatamente porque, tendo dominado as necessidades do mero viver, tendo-se libertado do labor e do trabalho, e tendo superado o anseio inato de sobrevivência comum a todas as criaturas vivas, deixava de ser limitada ao processo biológico da vida. (*idem*, p. 46)

A vida do cidadão, isto é, o homem como animal político – *politikòn zôon*, como Aristóteles o define na *Política* (1253a, 10) – “possuía qualidade inteiramente diferente” daquela que poderia ter a simples zoé. (Agamben, por sua vez, afirmará que “político não é um atributo do vivente como tal, mas é uma diferença específica que determina o gênero *zôon* (logo depois, de resto, a política humana é distinguida daquela dos outros viventes porque fundada, através de um suplemento de politização ligado à linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso” [2004, p. 10])

A filósofa da *vita activa* tratará propriamente daquele mero viver natural – que está sempre pressuposto nos *biôí*, nos modos qualificados e superiores de vida – como o elemento que progressivamente adentra, a ponto de se tornar primordial, na cena política, isto é, naquilo que Foucault chamará, duas décadas depois, de “governo dos homens” (2008, pp. 164-166).

Na descrição, feita por Arendt, do processo que conduz o *animal laborans* e o *homo faber* – em ambos, na verdade, está em questão o simples viver biológico, a ponto de Agamben grafar *homo laborans*, numa fusão que torna secundário diferenciá-los – a se situarem no âmago do espaço político das sociedades modernas. Esse processo operará aquilo que Arendt viu como o expandir-se e o suplantar do espaço privado sobre o público – e o ocaso deste, transformando a *pólis* (cidade) em *oîkos* (casa), a comunidade política em sociedade – e o esfumar, nos tempos modernos, daquilo que originalmente se denominou “política”.

É nesse sentido que Agamben dirá que “o ingresso da zoé na esfera da *pólis*, a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico” (2004, p. 12). E é nesse sentido também que “politização da vida nua” reflete o que ele entende por biopolítica, “como se a política fosse o lugar em que o viver deve se transformar em viver bem, e aquilo que deve ser politizado fosse desde sempre a vida nua” (*idem*, p. 15).

Aquela transformação radical não implica, porém, uma ruptura entre modernos e antigos (como uma espécie qualquer de querela), mas antes uma contiguidade e uma solidariedade essencial que torna a diferença entre eles muito mais uma intensificação e uma exacerbação do processo que tem a vida nua como motriz do que propriamente uma ruptura que se poderia apressadamente apontar.

Portanto, o conceito de vida nua, na modernidade, significa o ostensivo processo de sua politização, seja a politização maciça da vida biológica, seja a da sexualidade, que nela está implicada. Há uma íntima simbiose entre política moderna e vida nua, a ponto de Agamben afirmar que à vida nua “é inerente uma opacidade que é impossível esclarecer sem que se tome consciência do seu caráter político” (*idem*, p. 126).

A implicação da vida nua no espaço político é o próprio núcleo fundamental do poder soberano, ou melhor, a vida natural apolítica na sua conversão em fundamento da soberania, o que define vida nua a partir do próprio movimento de sua politização. Por isso Agamben afirmará que “a produção de um corpo biopolítico [é] a contribuição original do poder soberano”

A biopolítica é, nesse sentido, pelos menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii*. (*idem*, p. 14)

3.3. Se é verdade, como dirá Foucault, que o direito “é um instrumento ao mesmo tempo complexo e parcial do poder”, e se a “forma da lei” e os efeitos das respectivas interdições “devem ser recolocados entre muitos outros mecanismos não jurídicos” (2006, pp. 247-248), devemos então tomar sua afirmação como uma espécie de diretriz metodológica e começar por procurar os vestígios da relação entre o que foi dito até aqui e a figura do direito penal

do inimigo, na tentativa de reconstruir, por assim dizer, o *corpus delicti* que materializa e dá consistência (*Bestand*) a tal relação.

No seu opúsculo *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (“Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo”, que apareceu em 2003 simultaneamente em espanhol e alemão⁶⁰), ao mencionar que também no processo penal a polarização cidadão-inimigo é evidente, Jakobs anota que a mera coação (*schierer Zwang*) aparece nessa esfera sob múltiplas formas, principalmente na prisão preventiva (2005, p. 93).

A tradução espanhola – feita por seu discípulo catalão a partir do manuscrito até então não publicado, cuja gênese ocorrera, segundo ele, “no verano de 2002” devido a “el diálogo” entre discípulo e mestre “que ahora se presenta en forma de libro” (*idem*, p. 9) – sugestivamente verterá *schierer Zwang* por “desnuda coacción” (*idem*, p. 45). Igualmente, noutro escrito posterior que reproduz aquele trecho quase que textualmente, temos de novo a locução na variante “nuda coacción”:

“Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal, aparece en múltiples formas la nuda coacción [*schierer Zwang*], sobre todo en la prisión preventiva (§§ 112, 112a StPO); al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco reconoce al imputado como persona, sino que frente a él se agota en una coacción física [*physischem Zwang*]. [...]. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho [...], sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo.” (2006a, p. 113; 2006b, p. 296)

É certo que o adjetivo alemão *schier* pode ser tanto traduzido por “mero, simples, puro” quanto por “nu/desnudo”, assim como o termo *bloß*, cujo sentido

⁶⁰ Na verdade, a versão no original alemão aparece pela primeira vez numa publicação feita em Taipei, em 2003, e apenas em 2004 na Alemanha como informa o próprio Jakobs: “Der hier für Deutschland erstmals publiziert Aufsatz ist ebenso bereits erschienen in “Foundations and Limits of Criminal Law and Crminal Procedure (Gedächtnisschrift Prof. Fu-Tseng-Hung, hrsgg. v. Yu-hsiu Hu, Taipei 2003)”. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004. In: HRRS – März 2004, Caderno 3, p. 88. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>.

de “nu” também é figurado. Em ambos está em questão o caráter de “desprovido” ou “desprotegido”, pura e simplesmente.

Essa relação terminológica é, na perspectiva que nos interessa, mais que uma mera coincidência. Ela é um primeiro vestígio⁶¹ de algo cujas raízes entranham o próprio pensamento ocidental e que agora começam emergir à superfície.

Agamben evidenciará o nexos constitutivo e co-originário entre metafísica e política ocidental, ao mesmo tempo em que os respectivos conceitos centrais – “ser” e “vida nua” – não representam afinal senão interdependência, vazio e indeterminação:

“Nua”, no sintagma “vida nua”, corresponde aqui ao termo *haplôs*, com o qual a filosofia primeira define o ser puro. O isolamento da esfera do ser puro, que constitui a realização fundamental da metafísica do Ocidente, não é, de fato, livre de analogias com o isolamento da vida nua no âmbito de sua política. Àquilo que constitui, de um lado, o homem como animal pensante, corresponde minuciosamente, do outro, o que o constitui como animal político. Em um caso, trata-se de isolar dos múltiplos significados do termo “ser” (que, segundo Aristóteles, “se diz de muitos modos”), o ser puro (*òn haplôs*); no outro, a aposta em jogo é a separação da vida nua das múltiplas formas de vida concretas. (2004, p. 188)

A vida nua detém, portanto, o particular primado de ser aquilo sobre cuja exclusão se edifica a cidade dos homens. “Não é um acaso, então, que um trecho da *Política* situe o lugar próprio da *pólis* na passagem da voz à linguagem. O nexos entre vida nua e política é o mesmo que a definição metafísica do homem como ‘vidente que possui a linguagem’ busca na articulação entre *phoné* e *lógos*”, como se pode observar na seguinte passagem da obra aristotélica:

⁶¹ Também poderíamos falar em “sinal” (*spia*), para aludir ao clássico ensaio de Carlo Ginzburg (1990, p. 143 e ss.), assim como o dito Aby Warburg, “deus está nos detalhes” (cf. Agamben, 2005, p. 125).

Somente o homem entre os viventes possui a linguagem [lógos]. A voz [phoné], realmente, é índice da dor e do prazer e, por isto, pertence também aos outros viventes (de fato, a natureza destes chegou a ter sensação da dor e do prazer, e a significá-los reciprocamente); a linguagem, por sua vez, serve para manifestar o conveniente e o inconveniente, assim como o justo e o injusto; isto é próprio e exclusivo dos homens perante os outros viventes, o ter a sensação do bem e do mal, do justo e do injusto, e das outras coisas do mesmo gênero, e a comunidade destas coisas produz a casa [oikos] e a cidade [pólis] (1253a, 10-18)⁶²

É esse o suplemento de politização ligado à linguagem que tornará o *politikon zôon* um gênero a parte, isto é, de uma natureza qualitativamente diversa daquela dos demais viventes.

Por sua vez, a lógica binária, na formulação de Jakobs, que informa a separação entre *indivíduo* e *pessoa* pode ser vista como uma amostra desse mecanismo de exceção que faz funcionar a máquina antropológica simultaneamente biopolítica e metafísica.

Sob essa ótica, é sintomático Jakobs descrever o que chama de “tipos de comunicação” e os distinguir em “comunicação pessoal” e “instrumental”. Não fazem parte da comunicação entre pessoas, por exemplo, tanto “la explotación de esclavos”, como “el trato con extraños carentes de personalidad”, já que essa comunicação se dá apenas como “comunicación entre iguales” (1996, p. 69). Na base deste tipo de comunicação está a existência de deveres recíprocos entre aqueles iguais (ou pessoas), de modo que os direitos que lhes são atribuídos estão condicionados àquela existência obrigacional⁶³. Não havendo tal obrigação, a comunicação poderá ser apenas e meramente instrumental. Nesse caso, o indivíduo que dela participa “no se encontra obligado a nada (y, portanto, en esa comunicación tampoco es persona)”, de maneira que tal “comunicación es comparable al trato con una

⁶² Cf. também Agamben, 2005b, p. 15, e 2004, p. 15.

⁶³ “Este reconocimiento como igual consiste, ciertamente, en una adscripción” (S 70).

máquina: la máquina non tiene derecho a ser utilizada de forma correcta” (*idem*, p. 70).

Ainda que Jakobs justifique suas concepções como algo que nada tem a ver com uma separação entre seres humanos de carne e osso, mas sim com conceitos puramente normativos e sistêmicos que dizem respeito à percepção do sistema sócio-jurídico, o que está em jogo é o modo como esses conceitos podem funcionar, e de fato funcionam.

Assim, é elucidativo desse funcionamento Jakobs afirmar, por exemplo, que “la medida ejecutada contra el enemigo *no significa nada*, sino sólo coacciona” (2005, p. 31) ou que se trata de “lucha contra un peligro en lugar de comunicación” (*idem*, p. 21). Ou, ainda, ao tratar da personalidade, em que a diferença entre indivíduo (inimigo) e pessoa (cidadão), ao excluir aquele da comunicação entre pessoas, revela toda sua genealogia biopolítica e metafísica:

[...] se pretende no sólo introducir al outro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito [...] (*idem*, p. 38)⁶⁴

[...] el individuo, con sus instintos y miedos [...] (*idem*, p. 46)⁶⁵

A partir desses elementos é possível observar, analogamente e *pari passu* com o referido trecho aristotélico, que a “linguagem” corresponderá ao que Jakobs – de um modo bastante peculiar e reduutivo, mas com um contorno político inegável – denomina “comunicação entre pessoas”. Ao passo que, em consequência, a comunidade de justo e injusto – poderemos então dizer, “com base no lícito e ilícito” – corresponde à comunidade de cidadãos ou pessoas,

⁶⁴ Em outra obra, Jakobs, 1996, p. 72: “Partamos de un individuo particular. [...] su psique traducirá adecuadamente (entre otras cosas) las necesidades corporales de acuerdo a um código (satisfacción/insatisfacción o equivalente)”.

⁶⁵ A coação física, dirá Jakobs ao tratar da prisão preventiva, “no se dirige contra la persona en Derecho – ésta ni oculta pruebas ni huye -, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo” (2005, p. 46).

os quais interagem comunicativamente⁶⁶ (“os vivos que possuem a linguagem”⁶⁷). Por outro lado, quanto aos demais vivos – que apenas possuem voz (*phoné*) para no máximo expressarem prazer e dor, satisfação e insatisfação, instintos e medos –, aquela comunidade se esforça para deles se separar e por bani-los da *pólis* (“lucha contra un peligro en lugar de comunicación”).

O que não se percebe, porém, é que “o lugar próprio da *pólis*” situa-se “na passagem da voz à linguagem” (Agamben, 2004, p. 15), de modo que a separação operada nessa passagem fratura a própria *pólis*, e a humanização do animal – a construção do cidadão – implica sempre a animalização do humano.

Então não deve surpreender que Jakobs, na obra em que apresenta as bases (sociedade, pessoa, norma, comunicação) de sua visão funcional, faça justamente menção ao trecho aristotélico imediatamente subsequente àquele acima transcrito:

“La dura sentencia” – que se encontra na *Política*, de Aristóteles (1253a, 26-30) – “según la cual quien no puede vivir en la comunidad o no necesita de ella o es animal o dios, sigue manifestando *una* de las partes de la verdad: en algún ámbito el sujeto debe entrar en sociedad, para poder delimitarse y comprenderse como sujeto, pues una subjetividad aislada es tan inimaginable como otras cosas aisladas”⁶⁸ (Jakobs, 1996, p. 34)

A sentença de Aristóteles mantém-se verdadeira ainda hoje, mas parcialmente para Jakobs. O que resta do dito peripatético, pois, é a figura do animal⁶⁹ – que não pode viver em comunidade –, já que o sujeito precisa entrar

⁶⁶ “Un quebrantamiento de la norma... no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas” (Jakobs, 1996, p. 11).

⁶⁷ Ou na equivalente e, sob muitos aspectos, problemática tradução latina: “O homem é um animal racional”.

⁶⁸ O destaque em itálico pertence ao original.

⁶⁹ Pois quanto ao deus ou deuses (que não necessitam nada por sua própria suficiência), podemos lembrar Nietzsche ao falar da morte de deus (A Gaia Ciência, § 125), desbancado pela (crença na) razão universal e pela nova ciência, assim como Hölderlin que, por sua vez, dirá não que os deuses morreram, mas fugiram.

em sociedade para se individuar e se reconhecer como tal. Não por outra razão Jakobs dirá, no concernente ao inimigo, que “la juridicidad es para él una mera coacción, convirtiéndose en animal” (1996, p. 35).

Em outra passagem significativa, ele ainda afirmará que “en la comunicación personal, por el contrario, el otro es algo más que el objeto de un cálculo estratégico, es un igual, una persona en Derecho” (*idem*, p. 70).

Problemático, aqui, é justamente aquele “por el contrario”, cujo caráter adversativo explicita propriamente o individuo que não participa ou é excluído da comunicação pessoal, o qual Jakobs compara de resto tanto a uma máquina quanto ao “selvagem de Rousseau” (1996, p. 74). Assim, o individuo denota aquele outro que não é “mais que o objeto de um cálculo estratégico”, um cálculo que o exclui da comunidade dos cidadãos (onde a comunicação é apenas para os comuns, os iguais) e que, portanto, pode ser eliminado sem que sua eliminação signifique algo. Nada significará para a sociedade dos cidadãos que possuem a comunicação. E para essa sociedade parece não ter também expressão qualquer equivalência atualizadora da figura do *homo sacer* romano, que podia ser morto por qualquer um e do modo que fosse sem que isso constituísse crime passível de punição; uma vida que, igualmente, não deveria ser eliminada segundo um procedimento conforme às regras rituais.

Nessa perspectiva, assume todo seu sentido e coerência Jakobs dizer que, no tocante ao inimigo, não se trata de impor uma pena criminal, mas de simplesmente coagi-lo, de eliminar um perigo mediante uma coação — pura e simplesmente física.

Nada de pena, nem de comunicação. A uma vida nua compete apenas uma pura e simples coação.

Procuramos desenvolver e explicitar o vínculo que o próprio Jakobs estabelece ao identificar mera coação [*schier Zwang*] à coação física [*physische Zwang*], o que invariavelmente significa violência sem disfarces. Chamemos de *crua* a essa violência ou coação que cabe à vida nua do inimigo. A palavra “crua” provém de uma raiz indo-européia (**kreu-*) que significa “carne crua, sangrenta”, donde “sangue derramado”, que figura em latim (*cruor*) como em grego (*kréas*). Daí o verbo latino *cruentare* (‘ensangüentar; rasgar,

dilacerar') e os derivados *cruentus* ('sangrento, ensangüentado; sanguinário, cruel') e *crudus* (que faz sangrar, cruel, violento, cru). Este último dará origem ao nosso vocábulo vernacular.

É nessa perspectiva que podemos em alguma medida interpretar o que Benjamin, no ensaio sobre a crítica da violência (*Gewalt*) como crítica da origem e do espírito do poder (*Gewalt*) jurídico, chama de violência mítica. Ao mencionar que o poder mítico é instituidor e conservador do direito, também o caracteriza como “ameaçador e sangrento”:

Pois o sangue é o símbolo da pura vida. O desencadeamento do poder [*Gewalt*] jurídico remonta [...] ao processo de culpa da vida pura e natural, o qual entrega o ser humano inocente e infeliz à penitência, com a qual “expia” sua culpa – e também absolve o culpado, não de uma culpa, mas do direito. [...]. O poder [*Gewalt*] mítico é violência [*Gewalt*] sangrenta sobre a vida, sendo essa violência seu fim próprio [...] (1986, p. 173)

Benjamin mencionará o caráter mítico do direito também no seu ensaio a propósito do décimo aniversário de morte de Franz Kafka (1934), onde interpreta o conto kafkiano *O novo advogado*, ao indagar se seria possível voltar o direito contra sua própria origem mítica e sangrenta. Imediatamente, contudo, Benjamin responde que não. Apenas o estudo do direito e de sua história, jamais sua aplicação ou sua prática, pode ao menos entrever o limiar que se abre à justiça:

Pode verdadeiramente o direito ser mobilizado, em nome da justiça, contra o mito? Não: como jurista, Bucéfalo permanece fiel às suas origens. Parece, no entanto – e nisto poderia consistir, no sentido de Kafka, o novo para Bucéfalo e para a profissão de advogado – que ele não exercita sua profissão. O direito não mais praticado e só estudado é a porta da justiça. (1975, p. 105)

Podemos então, agora, reformular aquela conclusão acima em termos mais precisos: Para o indivíduo, nada de pena nem de comunicação. A uma vida nua compete apenas uma coação nua e crua.

4. *Antropogenia, antropofagia: homo homini lupus*

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.

Foucault

4.1. O termo “bando” provém de uma raiz gótica (**bandwa*), pertencente, pois, ao ramo germânico das línguas indo-européias, e refere-se tanto ao símbolo ou estandarte de um grupo quanto à expulsão do e pelo grupo. Em alemão, bando se diz *Bann*. Isso explica aquilo que Agamben menciona ao utilizar a sugestão de Jean-Luc Nancy: “chamemos *bando* (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano)” à relação de exceção que liga a vida nua ao poder soberano (2004, p. 36).

Esse caráter dúplice do sentido originário de bando parece lembrar que toda prescrição é sempre proscricção de algo e vice-versa, onde a bandeira que simboliza o pertencimento a um conjunto ou grupo sempre pressupõe o banimento ou a exclusão de quem ou do que não lhe pertence (mais).⁷⁰

Nesse contexto, Agamben transcreve (2004, p. 111) um trecho da obra *O espírito do direito romano*, de Rudolph von Jhering, quem teria sido o primeiro a relacionar a figura do *homo sacer* ao *wargus* germânico, isto é, ao homem-lobo, e ao *Friedlos* (o sem paz) do direito germânico antigo; reproduzimos a seguir a passagem mencionada:

Todo o caráter do *sacer* esse mostra que ele não nasceu no solo de uma ordem jurídica constituída, mas remonta em vez

⁷⁰ Seria interessante investigar até que ponto a relação de bando traduz aquele binômio que transcende praticamente todas as disciplinas, da álgebra à filosofia, da antropologia à linguística e à biologia: identidade e diferença.

disso ao período da vida pré-social. Ele é um fragmento da vida primitiva dos povos indo-europeus... A antiguidade germânica e escandinava nos oferecem, além de qualquer dúvida, um irmão do *homo sacer* no bandido e no fora-da-lei (*wargus*, *vargr*, o lobo, e, no sentido religioso, o lobo sagrado, *vargr y veum*)... Aquilo que é considerado uma impossibilidade para a antiguidade romana – a morte do proscrito fora de um juízo e do direito – foi uma realidade incontestável na antiguidade germânica. (Jhering, 1886, p. 282)

Jhering teria, pois, analisado o instituto da *sacratio* segundo a doutrina da *Friedlosigkeit* (“ausência de paz”), “elaborada por volta da metade do século XIX pelo germanista Wilda, segundo o qual o antigo direito germânico fundava-se sobre o conceito de paz (*Fried*) e sobre a correspondente exclusão da comunidade do malfeitor, que se tornava por isto *friedlos*, sem paz, e, como tal, podia ser morto por qualquer um sem que se cometesse homicídio” (2004, p. 111):

Fontes germânicas e anglo-saxônicas sublinham esta condição limite do bandido definindo-o como homem-lobo (*wargus*, *werwolf*, lat. *garulphus*, donde o francês *loup garou*, lobisomem): assim a lei sálica e a lei ripuária usam a fórmula *wargus sit, hoc est expulsus* em um sentido que recorda o *sacer esto* que sancionava a matabilidade do homem sacro, e as leis de Eduardo o Confessor (1130-1135) definem o bandido *wulfesheud* (literalmente: cabeça de lobo) e o assemelham a um lobisomem (*lupinum enim gerit caput a die utlagationis suae, quod ab anglis wulfesheud vocatur*). Aquilo que deveria permanecer no inconsciente coletivo como um híbrido monstro entre humano e ferino, dividido entre a selva e a cidade – o lobisomem – é, portanto, na origem a figura daquele que foi banido da comunidade. Que ele seja definido homem-lobo e não simplesmente lobo (a expressão *caput lupinum* tem a forma de um estatuto jurídico) é aqui decisivo. A vida do bandido – como aquela do homem sacro – não é um pedaço de natureza ferina sem alguma relação com o direito e a

cidade; é, em vez disso, um limiar de indiferença e de passagem entre o animal e o homem, a *phýsis* e o *nómos*, a exclusão e a inclusão: *loup garou*, lobisomem, ou seja, *nem homem nem fera*, que habita paradoxalmente ambos os mundos sem pertencer a nenhum. (*idem*, pp. 111-112)

4.2. Daí uma das razões da proposta agambeniana de rever o mitologema de Hobbes acerca do estado de natureza, que não seria, pois, um estágio pré-jurídico ou uma época anterior e real ao surgimento do estado civil – leia-se também: Estado, cidade, civilidade ou civilização – mas pertenceria a este como um “princípio interno [...] que aparece no momento em que se considera a Cidade *tanquam dissoluta*”⁷¹ (portanto, algo como um estado de exceção)...

assim, quando Hobbes funda a soberania através da remissão ao *homo hominis lupus*, no lobo é necessário saber distinguir um eco do *wargus* e do *caput lupinum* das leis de Eduardo o Confessor: não simplesmente *besta fera* e vida natural, mas, sobretudo zona de indistinção entre humano e ferino, lobisomem, homem que se transforma em lobo e lobo que se torna homem: vale dizer, banido, *homo sacer*. (*idem*, p. 112)

O *bando* é, pois, a relação política originária, e não o contrato. Essa relação apresenta no seu âmago o estado de exceção como zona de indistinção entre exclusão e inclusão, externo e interno. Como dirá Agamben, isso “põe em questão toda teoria da origem contratual do poder estatal e, juntamente, toda possibilidade de colocar à base das comunidades políticas algo como um ‘pertencimento’ (seja ele fundamentado em uma identidade popular, nacional, religiosa ou de qualquer outro tipo) (*idem*, p. 187).

⁷¹ A locução significa “como se dissolvido” e pertence à passagem em que Hobbes, no *De cive* (Do cidadão), refere-se ao estado de natureza considerado como aquilo que aconteceria se o Estado fosse dissolvido: “[...] Hobbes era perfeitamente consciente de que o estado de natureza não devia ser considerado necessariamente como uma época real, e sim, sobretudo, como um princípio interno ao Estado, que se revela no momento em que se o considera ‘como se fosse dissolvido’ (*ut tanquam dissoluta consideretur, id est, ut qualis sit natura humana... recte intelligatur*: Hobbes, 1983, p. 79-80)” (Agamben, 2004, p. 42).

É chegado, portanto, o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau. O estado de natureza é, na verdade, um estado de exceção, em que a cidade se apresenta por um instante (que é, ao mesmo tempo, intervalo cronológico e átimo intemporal) *tanquam dissoluta*. A fundação não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas *in illo tempore*, mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana. Esta, por outro lado, refere-se *imediatamente* à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge, assim, como o elemento político originário, o *Urphänomenon* da política: mas esta vida não é simplesmente a vida natural reprodutiva, a *zoé* dos gregos, nem o *bíos*, uma forma de vida qualificada; é, sobretudo, a vida nua do *homo sacer* e do *wargus*, zona de indiferença e de trânsito contínuo entre o homem e a fera, a natureza e a cultura.

[...] a tese, enunciada em um plano lógico-formal [...], segundo a qual o relacionamento jurídico-político originário é o *bando*, não é apenas uma tese sobre a estrutura formal da soberania, mas tem caráter substancial, porque o que o *bando* mantém unidos são justamente a vida nua e o poder soberano. (2004, p. 115)

4.3. É significativo, nessa perspectiva, que Carlo Linneo – o fundador da taxonomia científica moderna e, portanto, aquele que inscrevera na história natural o gênero *Homo* na ordem dos *Anthropomorpha* ou *Primates* ao lado dos *Simia*, *Lemur* e *Vespertilio* (morcego) – tenha não apenas, através de suas pesquisas, observado as íntimas semelhanças entre homem e macaco, mas sobretudo – e aí está sua agudeza de espírito – definido a espécie *Homo sapiens* unicamente através daquela arcaica inscrição délfica (“Conhece-te a ti mesmo”), tamanha a perplexidade em encontrar o caráter distintivo do humano (a não ser, em relação aos símios, o fato destes terem “um espaço vazio entre os caninos e os outros dentes” [Agamben, 2002, p. 31]):

Em verdade, o gênio de Linneo não consiste tanto no caráter resoluto com que inscreve o homem entre os primatas, como na ironia com que – diversamente do que faz com outras espécies – não registra junto ao nome genérico *Homo* alguma nota específica a não ser o velho adágio filosófico: *nosce te ipsum*. Mesmo quando, na décima edição, a denominação completa torna-se *Homo sapiens*, o novo epíteto não representa, com toda evidência, uma descrição, mas é somente uma trivialidade daquele adágio, que mantém, de resto, o seu posto junto ao termo *Homo*. Vale à pena refletir sobre esta anomalia taxonômica, que inscreve como diferença específica não um dado, mas um imperativo. (*idem*, pp. 32-33)

Agamben analisa então o *Introitus* da obra de Linneo (*Systema naturae*, 1735) e considera que haveria poucas dúvidas quanto ao sentido que Linneo quisera dar ao gesto de apor aquele adágio: “o homem não possui nenhuma identidade específica, salvo aquela de *poder* se reconhecer. Contudo, definir o humano não através de uma *nota characteristic*, mas através do conhecimento de si, significa que é homem aquele que se reconhecerá como tal, que *o homem é o animal que deve se reconhecer humano para sê-lo*” (*ibid.*).

Homo sapiens não é, portanto, nem uma substância nem uma espécie claramente definida: é, acima de tudo, uma máquina ou um artifício para produzir o reconhecimento do humano. Segundo o gosto da época, a máquina antropogênica (ou antropológica, como podemos chamá-la retomando uma expressão de Furio Jesi) é uma máquina óptica (tal é, segundo os estudos mais recentes, também o mecanismo descrito no *Leviathan*, de cuja introdução, talvez, Linneo retirou seu lema: *nosce te ipsum, read thy self*, como Hobbes traduz este *saying not of late understood*) constituída de uma série de espelhos em que o homem, olhando para si, vê a própria imagem já sempre deformada em traços de símio. *Homo* é um animal constitutivamente “antropomorfo” (isto é, “semelhante ao homem”, segundo o termo que Linneo usa constantemente até

a décima edição do *Systema*), que deve, para ser humano, reconhecer-se em um não homem. (*idem*, p. 34)

Misteriosa e estranha é, ademais, a variante inscrita por Linneo na espécie *Sapiens*, isto é, um tipo de homem que caminha sobre os quatro membros, é mudo e coberto de pêlos: o *Homo ferus* ou “homem selvagem” que nomeará cientificamente aquelas crianças selvagens ou meninos-lobo.

À [...] labilidade e à [...] inumanidade do humano corresponde em Linneo a inscrição na espécie *Homo sapiens* da enigmática variante *Homo ferus*, que parece desmentir ponto por ponto os caracteres do mais nobre dos primatas: ele é *tetrapus* (caminha sobre quatro patas), *mutus* (privado de linguagem), *hirsutus* (coberto de pêlos). O elenco que segue na edição de 1758 especifica a identidade anagráfica: trata-se dos *enfants sauvages* ou meninos-lobo, dos quais o *Systema* registra cinco aparições em menos de quinze anos: o jovem de Hannover (1724), os dois *pueri pyrenaici* (1719), a *puella transisalana* (1717), a *puella campanica* (1731). No ponto em que as ciências humanas do homem começam a delinear os contornos da sua *facies*, os *enfants sauvages*, que aparecem sempre mais frequentemente nos limites dos vilarejos da Europa, são os mensageiros da inumanidade do homem, os testemunhos da sua frágil identidade e da sua falta de rosto próprio. (*idem*, p. 36)

Não é demais registrar, de resto, que naquela hoje clássica obra dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela sobre os fundamentos biológicos do conhecimento humano, que tanto influenciará o pensamento de Niklas Luhmann, há justamente uma referência nada desprezível a duas meninas encontradas, em 1922, junto a um bando de lobos nos arredores de uma aldeia bengali ao norte da Índia, uma com oito outra com cinco anos de idade, assim como também uma significativa consideração que parece exprimir a posição convicta daqueles cientistas sobre o aparelho cognitivo dessas meninas:

Ao serem achadas, as meninas não sabiam caminhar sobre os pés e se movimentavam rapidamente de quatro. Não falavam e tinham rostos inexpressivos. Só queriam comer carne crua e tinham hábitos noturnos. Recusavam o contato humano e preferiam a companhia de cães ou lobos. Ao serem resgatadas, estavam perfeitamente sadias e não apresentavam nenhum sintoma de debilidade mental ou idiotia por desnutrição. Sua separação da família lupina produziu nelas uma profunda depressão, que as levou à beira da morte, e uma realmente faleceu.

A menina que sobreviveu dez anos acabou mudando seus hábitos alimentares e ciclos de vida e aprendeu a andar sobre os dois pés, embora sempre recorresse à corrida de quatro em situações urgentes. Nunca chegou propriamente a falar, embora usasse algumas palavras. A família do missionário anglicano que a resgatou e cuidou dela, bem como outras pessoas que a conheceram com alguma intimidade, jamais a sentiram como verdadeiramente humana.

Esse caso – que não é o único – mostra que embora em sua constituição genética a anatomia e a fisiologia fossem humanas, as duas meninas nunca chegaram a acoplar-se ao contexto humano. (Maturana e Varela, 2001, pp. 143-146)

O que propriamente significa esse “acoplamento ao contexto humano” (e sua ausência, no caso das meninas de bengali), Maturana e Varela haviam explicado linhas antes ao tratarem dos domínios comportamentais em geral e concluírem que as interações da história individual de cada ser vivo “são decisivas para uma transformação estrutural do sistema nervoso” (*idem*, p. 142):

Todo ser vivo começa sua existência com uma estrutura unicelular específica, que constitui seu ponto de partida. Por isso, a ontogenia de todo ser vivo consiste em sua contínua transformação estrutural. Por um lado, trata-se de um processo que ocorre sem interromper sua identidade nem seu acoplamento estrutural com o meio, desde o seu início até a

sua desintegração final. De outra parte, segue um curso particular, selecionado em sua história de interações pela seqüência de mudanças estruturais que estas desencadearam nele. (*idem*, p. 143)

Que todos esses aspectos e essas figuras digam respeito em alguma medida àquela outra do direito penal, cujas equiparações e aproximações – baseadas sempre num *como se*, em que a ficção metafórica assume e dita seus contornos – são orquestradas a partir de uma ausência que por isso é já sempre uma presença virtual, é algo que não deve, pois, surpreender.

Mas uma particular e rápida referência de Jakobs àquele indivíduo – o *Kaspar Hauser* – encontrado em 1828 nos arredores de Nuremberg, com cerca de dezessete anos e sem qualquer contato até então com o que se costuma chamar de “mundo exterior” ou com qualquer pessoa – isto é, considerado sem socialização alguma –, e que tanto intrigara Freud como P. J. A. Feuerbach, precisa ser analisada de modo detido. Contra a objeção de que o conceito de sujeito livre deve ser o objetivo e o conteúdo principal do direito penal, Jakobs argumenta que, em sentido empírico, tal objeção seria equivocada, já que “la subjetividad concreta siempre se desarrolla en una socialidad, y no en un Kaspar Hauser, y se ha dicho acertadamente que esta constatación es ‘relativamente trivial’” (1996, p. 30). Jakobs corrobora seu argumento solicitando Rousseau – além de citar Hobbes em nota de rodapé –, no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1755), ao dizer que o pensador francês...

...se refiere ya a un estado inicial en el que sólo existe sociedad en la forma desmedrada de un uso instrumental recíproco y ocasional, describiendo Rousseau a los seres humanos que así actúan como salvajes en sus bosques, que carecen de identidad, es decir, que están muy alejados de un estado que haga posible la autoreferencia o incluso una autoreferencia libre. La subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social. (*idem*, p. 31)

Os limites da ficção comunicacional proposta por Jakobs parecem não dar conta – para dizer o mínimo⁷² – de uma figura-limite como a de Kaspar Hauser. Mas esta serve, observando bem, precisamente para fundamentar negativamente a subjetividade social (ou socializada) através de sua exclusão. Sua presença virtual é fundamental para que, sendo excluída (numa exclusão que a inclui), se preencha o vazio e indeterminado conceito de cidadão ou pessoa, isto é, aquele que comunica sua fidelidade ao direito. Kaspar Hauser ou as meninas-lobo (os *enfants sauvages*) sequer possuem – nesse contexto, bem entendido – a comunicação, ou, se possuem, ela é irrelevante, não significa.

Ora, mas a figura do inimigo – diferentemente do “delinqüente civil” cujo ato, ainda que contrário à lei, comunica algo: a infidelidade *eventual* ao direito – ou mesmo seus atos também nada comunicam. Sua própria figura, enquanto suposta potência de caos, é que parece possibilitar a diferenciação e fundar negativamente, mediante sua exclusão, a normalidade comunicacional entre os “sujeitos sociais”. A presença virtual e muda do inimigo parece, pois, figurar como decisiva para o próprio sustentáculo sistêmico-funcional visualizado por Jakobs.

4.4. Retomemos o conceito de pessoa, para o qual Jakobs utilizará o décimo sexto capítulo do *Leviathan* de Hobbes para resgatar a noção latina de *persona* e, a partir dela, construir a sua própria em termos jurídico-funcionais. Pessoa, diz Jakobs, é “ter que representar um papel”, pois ela “é a máscara”, o que significa precisamente “a representação de uma competência socialmente compreensível” (1996, pp. 50-51).

É importante lembrar que os gramáticos latinos se servirão do termo *persona* para traduzir o vocábulo grego *prósōpon* que expressava o sentido tanto de máscara quanto de rosto ou face e que teve também um desenvolvimento ligado às artes cênicas, à tragédia e à comédia gregas. Mais tarde, no baixo-latim⁷³, a palavra *persona* corresponderá à noção de

⁷² Já que, em momento seguinte, ele afirma que: “Quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público, y quien sólo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico” (1996, p. 35).

⁷³ É o “latim da Idade Média, us. principalmente como língua escrita, no lugar das novas línguas nacionais, que eram apenas orais, dos países da Europa ocidental; latim tardio. É

“dignidade”. Não é à toa que se costuma atribuir o tema da dignidade à *oratio* de Pico della Mirandola (*De hominis dignitate*), na qual os contornos ali descritos caracterizariam, como uma ode humanista destinada ao mundo moderno e renascido, o verdadeiro semblante e a essência da pessoa humana.

Se ao *Homo sapiens*, como classe científica designativa dos seres humanos, não se atribui e não se encontra, na realidade, um caractere distintivo, mas apenas um imperativo filosófico (*nosce te ipsum*), a *dignitas*, por sua vez, considerada a mais nobre e exclusiva característica humana e formulada no auge do pensamento renascentista que se opunha ao obscurantismo teocêntrico, é uma categoria não menos irônica que aquela científica. Leiamos o trecho da *Oratio* a seguir:

Estabeleceu, portanto, o óptimo artífice que, àquele a quem nada de especificamente próprio podia conceder, fosse comum tudo o que tinha sido dado parceladamente aos outros. Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: «Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto [*faciem*] que te seja próprio, nem tarefa [*munus*] alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto [*faciem*], aquela tarefa [*quae munera*] que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhuma limitação, determiná-las-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entregarei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo».

continuação do latim cristão dos padres da Igreja, dos primeiros tempos do cristianismo, adaptado às novas condições históricas, principalmente quanto ao léxico e à sintaxe” (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*).

Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. (Pico Della Mirandola, 2006, p.57)

Quem não admirará este nosso camaleão? (p.59)

[...]. Quem pois não admirará o homem? (p. 61)

Mesmo cerca de trezentos anos antes daquela designação taxonômica de Linneo, que atribuíra à espécie humana o epíteto de *sapiens* (“que conhece, que sabe”) ao mesmo tempo em que lhe impusera o paradoxal dever do auto-conhecer, do descobrir a si, a oração de Pico soa profundamente familiar e contemporânea à fundação da moderna história natural. As passagens ao fim da *Oratio* – que deixam ao próprio homem, como “árbitro e soberano” de si mesmo, o encargo para que se plasme e se informe segundo a forma que houver escolhido, podendo “degenerar até... as bestas” como se “regenerar até as realidades... divinas” por decisão própria – não deixam dúvida acerca da indeterminação da natureza humana e do ônus, digamos, cognitivo que fora destinado ao homem.

Giorgio Agamben, quem propriamente faz essa aproximação, fala em “máquina antropológica” para entender o movimento paradoxal de construção do humano no seio do humanismo moderno:

A máquina antropológica do humanismo é um dispositivo irônico que verifica a ausência para *Homo* de uma natureza própria, mantendo-o suspenso entre uma natureza celeste e uma terrena, entre o animal e o humano – e, por isso, o seu ser sempre menos e mais que si mesmo. Isto é evidente naquele “manifesto do humanismo” que é a oração de Pico, que se continua impropriamente a chamar *de hominis dignitate*, apesar de não conter – nem poderia em caso algum referir-se ao homem – o termo *dignitas*, que significa simplesmente “categoria” [*rango*]⁷⁴. O paradigma que ele apresenta é

⁷⁴ Poderíamos ainda traduzir o it. *rango* por ‘classe’ ou ‘natureza’, mas – como não temos um equivalente em português, ao contrário, por exemplo, do espanhol (em que se diz também *rango*) – parece que nenhuma tradução tem a precisão e o espectro relacional que o filósofo, ao que parece, tem em mente. Pois o it. *rango* compreende em si noções que confinam

qualquer coisa que não edificante. A tese central da oração é, com efeito, que o homem, tendo sido plasmado quando todos os modelos da criação estavam exauridos [...], não pode ter nem arquétipo nem lugar próprio (*certam sedem*) nem encargo [*rango*] específico (*nec munus ullum peculiare*: Pico della Mirandola, 102). Antes, dado que a sua criação se deu sem um modelo definido (*indiscretæ opus imaginis*), ele não possui propriamente sequer uma face (*nec propriam faciem*: *ibid.*) e deve modelar-la a seu arbítrio em forma bestial ou divina [...]. Nesta definição, através de uma ausência de rosto, está em função a mesma máquina irônica que levará três séculos depois Linneo a classificar o homem entre os *Antropomorpha*, entre os animais “símiles ao homem”. Enquanto não possui nem essência nem vocação específica, *Homo* é constitutivamente não-humano, pode receber todas as naturezas e todas as caras (*Nascenti homini omnifaria semina et omnigenae vitæ germina indidit Pater*: *ibid.*, 104) e Pico pode sublinhar-lhe ironicamente a inconsistência e a inclassificabilidade, definindo-o “nosso camaleão” (*Quis hunc nostrum chamaeleonta non admiretur?*: *ibid.*). A descoberta humanística do homem e a descoberta de seu faltar a si mesmo, de sua irremediável ausência de *dignitas*. (Agamben, 2002, pp. 35-36)

Essa máquina antropológica, na qual “está em jogo a produção do humano através da oposição homem/animal, humano/inumano”, parece operar em nossa cultura em vários âmbitos. Ela funciona “necessariamente através de uma exclusão (que é também e sempre já uma captura) e uma inclusão (que é também e sempre já uma exclusão). Propriamente porque o humano está, de fato, toda vez já pressuposto, a máquina produz em verdade uma espécie de estado de exceção, uma zona de indeterminação na qual o fora não é mais que

semanticamente, isto é, ‘posto’, ‘cargo, encargo’, ‘dignidade’, ‘função’, as quais justamente estão em questão no texto: *dignitas* e *munus* que podem bem ser traduzidas por *rango*. O termo inglês *ranking*, na sua acepção original (1862) ‘estar em uma posição alta, estar próximo ao chefe’, talvez fosse um bom sinônimo (cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*).

a exclusão de um dentro e o dentro, por sua vez, tão-somente a inclusão de um fora” (*idem*, p. 42).

Nessa perspectiva, é significativo observar – afora o que já foi visto – o modo como Jakobs opera a distinção que o permitirá classificar a “pessoa” em sentido jurídico: “Un esclavo, en cuanto propiedad de un señor, es objeto de una relación jurídica, pero no por ello es también persona en Derecho, es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. Y como mero instrumento, equivalente a un animal, no puede ser miembro de la sociedad de su señor. Puede que el señor se comunique con el esclavo de modo instrumental, pero ello no implica más sociedad que el azugar a un caballo de carga” (1996, p. 38).

As correspondências entre a figura do inimigo e a caracterização que Agamben faz daquele dispositivo antropológico parecem cada vez mais nítidas. Nesse dispositivo, diz Agamben, “o dentro se obtém mediante a inclusão de um fora, o não-homem através da humanização de um animal: o macaco-homem, o *enfant sauvage* ou o *Homo ferus*, mas também e sobretudo o escravo, o bárbaro, o estrangeiro como figuras de um animal com formas humanas” (2002, p. 43). E, contemporaneamente, também podemos ver esse mecanismo funcionar na figura do judeu durante o nazismo, assim como naqueles indivíduos que se encontram numa zona fronteira em que não se consegue dizer se estão ainda vivos ou já mortos, como os *néomorts* e o além-comatoso (donde as aporias em que se encontram as discussões bioéticas atualmente)⁷⁵: “teremos o judeu, isto é, o não-homem produzido no homem, ou o *néomort* e o além-comatoso, isto é o animal isolado no próprio corpo humano”. (*idem*, p. 42)

Como todo espaço de exceção, esta zona está em verdade perfeitamente vazia, e o verdadeiramente humano que deveria advir é tão-somente o lugar de uma decisão incessantemente atualizada, em que as cesuras e suas rearticulações estão sempre de novo des-localizadas e são deslocadas. O que deveria, assim, obter-se não é, de qualquer modo, uma vida animal nem uma vida humana, mas apenas uma vida separada

⁷⁵ “Isto significa que hoje” – dirá Agamben – “vida e morte não são propriamente conceitos científicos, mas conceitos políticos, que, enquanto tais, adquirem um significado preciso somente através de uma decisão” (2004, p. 171).

e excluída de si mesma — tão-somente uma *vida nua*. (*idem*, p. 43)

Procuramos então ler a conhecida passagem de Foucault em *A vontade de saber* (1988, p. 156), posta na epígrafe deste capítulo, e que Agamben citará mais de uma vez em sua obra, segundo a paráfrase que o argentino Edgardo Castro apresenta em seu *Vocabulário de Foucault*: “O homem moderno, no entanto, é um animal, em cuja vida política sua própria animalidade é objeto de questionamento” (2009, p.32).

Aproximar o *Kaspar Hauser* e o selvagem de Rousseau ao *wargus* germânico, o homem-lobo às meninas de bengali ou o *Friedlos* à figura do inimigo, talvez contenha muitas imprecisões e excessos, mas parece inegável que todos digam respeito, de algum modo, à expressão hobbesiana *homo homini lupus*: o ponto em que todas essas imagens parecem se encontrar é aquele indecidível sobre quem é o homem e quem é o lobo.

5. *Vida indigna de viver*

O nazismo sem dúvida ainda tem de nos mostrar como o mundo moderno não conseguiu se identificar com a “democracia” – ou, então, identificar a assim chamada democracia.

Jean-Luc Nancy e Phillipe Lacoue-Labarthe

5.1. Alemanha, 1920: vem a lume um opúsculo de capa cinza-azulada que apresenta como título *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (“A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida”). Seus autores: Karl Binding, renomado catedrático de direito penal na Universidade de Leipzig,⁷⁶ e Alfred Hoche, um professor de psiquiatria da Universidade de Freiburg que se ocupava de temas relativos à ética profissional.

No livro, que trata do suicídio e da eutanásia, Binding explica a impunibilidade do suicídio, concebendo-o “como expressão de uma soberania do homem vivente sobre a própria existência” (cf. Agamben, 2004, p. 143). E, a partir desta peculiar soberania do homem sobre si, Binding extrai por derivação a necessidade de autorizar a “aniquilação da vida indigna de ser vivida” e, assim, também seu correlato implícito: a vida digna que merece viver. De acordo com Agamben, “a estrutura biopolítica fundamental da modernidade – a decisão sobre o valor (ou sobre o desvalor) da vida como tal – encontra, então, a sua primeira articulação jurídica em um bem-intencionado *pamphlet* a favor da eutanásia” (*idem*, p. 144).

⁷⁶ A propósito, é interessante observar o que dois conhecidos penalistas contemporâneos, Claus Roxin e Eugenio Raúl Zaffaroni, o primeiro, europeu, o segundo, latino-americano, escreveram a seu respeito: “Binding (1841-1920) es uno de los dogmáticos más importantes de la nueva ciencia jurídica penal alemana” (Roxin, 2003, p. 114, nota 3); “Fue em Leipzig donde desarrolló la mayor parte de su obra entre 1873 y 1900 y fue Rector de esa Universidad en 1909, cuando la misma celebraba sus quinientos años de vida, hecho que sorprende a Binding en el punto culminante de su carrera científica, considerado incuestionablemente como uno de los líderes de la ciencia penal alemana” (Zaffaroni, 1981, p. 262).

Dentre aqueles incluídos no conceito de “vida sem valor”, estariam os “incuravelmente perdidos” em razão de doença ou ferimento e que, em plena consciência de sua condição, desejavam absolutamente a “libertação”⁷⁷. Mas também, além desses, os indivíduos tidos como “idiotas incuráveis”, quer por terem nascido assim, quer por terem assim se tornado na velhice:

“Estes homens” – escreve Binding – “não têm nem a vontade de viver nem aquela de morrer. De um lado, neles não é constatável consentimento algum à morte, de outro, a sua morte não se choca contra vontade alguma de viver, que deva ser superada. Sua vida é absolutamente sem finalidade, mas eles não a sentem como intolerável.” Mesmo neste caso, Binding não reconhece razão alguma “nem jurídica, nem social, nem religiosa para não autorizar a morte destes homens, que não são mais que a assustadora imagem ao revés (*Gegenbild*) da autêntica humanidade”. (2004, p. 145)

Interessante aqui, segundo Agamben, “é o fato de que à soberania do homem vivente sobre a sua vida corresponda imediatamente a fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa homicídio”:

A nova categoria jurídica de ‘vida sem valor’ (ou ‘indigna de ser vivida’) corresponde ponto por ponto, ainda que numa direção ao menos aparentemente diversa, à vida nua do *homo sacer* e é suscetível de ser estendida bem além dos limites imaginados por Binding. (*idem*, p.146)

A advertência feita ao fim do excerto aponta para o fato de que toda sociedade decide sobre o umbral além do qual a vida deixa de ter importância política, sendo então apenas “vida sacra” e, como tal, passível de ser impunemente eliminada, e toda valorização e toda politização da vida implica este fato:

⁷⁷ Segundo Agamben, “Binding serve-se do termo *Erlösung*, que pertence ao vocabulário religioso e significa, dentre outros, redenção” (2004, p. 145).

Toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais são os seus ‘homens sacros’. É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a *exceptio* da vida natural na ordem jurídica estatal, não tenha feito mais do que se alargar na história do ocidente e passe hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita no corpo biológico de todo ser vivente. (*ibid.*)

Agamben assinala, aliás, que a fórmula cunhada por Binding reapareceu em 1940, quando o governo do Terceiro Reich emitira uma medida que autorizava “a eliminação da vida indigna de ser vivida”, com especial menção aos doentes mentais incuráveis, conferindo, assim, “cidadania jurídica à ‘morte por graça’ (*Gnadentod*, segundo um eufemismo corrente entre os funcionários sanitários do regime)” (2004, pp. 154-155). A propósito, Hannah Arendt, referindo-se a Hitler e ao nazismo, menciona que a dominação totalitária progressivamente extermina “todos aqueles elementos – democracias, judeus, sub-homens [*Untermenschen*] do Leste europeu, ou doentes incuráveis – que, de qualquer forma, não são ‘dignos de viver’” (1989, p. 399).

É importante observar que a “eliminação” de um indivíduo não significa, necessariamente, sua morte biológica, conquanto esta tenha sido o estágio final sobretudo nos campos de concentração nazistas (*Lager*), como também nos soviéticos (*Gulags*). Como salienta Hannah Arendt, “o que é preciso compreender é que a psique humana pode ser destruída mesmo sem a destruição física do homem; que, na verdade, a psique, o caráter e a individualidade parecem, em certas circunstâncias, manifestar-se apenas pela rapidez ou lentidão com que se desintegram”:

Como resultado final surgem homens inanimados, que já não podem ser compreendidos psicologicamente, cujo retorno ao mundo psicologicamente humano (ou inteligivelmente humano) se assemelha à ressurreição de Lázaro. (*idem*, p. 491)

À despersonalização mencionada por Arendt corresponde a figura do *Muselman* (o “muçulmano”) dos campos de concentração descrita por Agamben em seu *Quel che resta di Auschwitz* e pela literatura de testemunho em geral respeitante à *Shoah*⁷⁸, de que é exemplo a precursora obra de Primo Levi.

Curioso e perturbador, por sua vez, é o vínculo que pode ser estabelecido entre os campos de concentração e o alerta sombrio que Nils Christie, notório criminólogo escandinavo, faz sobre os sistemas atuais de controle da criminalidade:

Os modernos sistemas de controle do crime podem transformar-se em Gulags de tipo ocidental. Com o fim da guerra fria, numa situação de profunda recessão econômica, e quando as mais importantes nações industriais não têm mais inimigos externos contra quem se mobilizar não parece improvável que *a guerra contra os inimigos internos receba prioridade máxima*, seguindo conhecidos precedentes históricos. Os Gulags de tipo ocidental não irão exterminar as pessoas, mas têm a possibilidade de afastar da vida social, durante a maioria de suas vidas, um grande segmento de potenciais causadores de problemas. Têm o potencial de transformar o que poderia ser o período mais ativo da vida destas pessoas *numa existência que não vale a pena ser vivida* (...). Gostaria de acrescentar: os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários. (1998, pp. 4-5)

5.2. Se o *homo sacer* é considerado o primeiro paradigma da constituição do espaço político no Ocidente, o campo de concentração, por sua vez, é aquele espaço topológico e biopolítico onde a vida nua (ou o corpo do *homo sacer*), na modernidade, assumira uma centralidade sem precedentes, o

⁷⁸ Parece preferível o termo *Shoah* ao vocábulo *Holocausto*, para ao menos tentar mitigar a impressão do caráter sacrificial que sempre acompanha este último.

lugar onde se deu a materialização mais perturbadora e explícita do estado de exceção.

Agamben considera o campo de concentração “não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado”, mas como a “matriz oculta” do *locus* político em que ainda se vive, isto é, “o campo como *nómos* do moderno” (2004, p. 173). O campo de concentração ostenta, nessa ótica, também a posição de paradigma, vale dizer, ele é “o paradigma oculto do espaço político da modernidade”, cujas metamorfoses e travestimentos precisamos aprender a reconhecer (*idem*, p. 129).

Assim, o campo é o espaço de exceção por excelência, cujo estatuto paradoxal mostra que ao mesmo tempo em que ele é um espaço territorial posto fora do ordenamento jurídico normal, nem por isso é um território externo (*idem*, p. 176):

Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, *capturado fora*, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. [...] ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*. [...] no campo a *quaestio iuris* não é mais absolutamente distinguível da *quaestio facti* e, neste sentido, qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que nele sucede é simplesmente desprovido de sentido. O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis. (*idem*, p. 177)

5.3. Ao mencionar que as primeiras aparições de campos de concentração (em Cuba, em 1896; e na guerra dos bôeres) deveram-se a uma situação de exceção – vale dizer, de guerra colonial – prolongada “a uma inteira população civil”, Agamben afirma que os “campos nascem, portanto, não do direito ordinário (e menos ainda), como se poderia inclusive crer, de uma

transformação e um desenvolvimento do direito carcerário), mas do estado de exceção e da lei marcial” (2004, p. 172).

Isso não significa, porém, que o direito carcerário e criminal não possa apresentar, ou passar a apresentar, influxos ou tendências que dizem respeito ao campo. É como se o direito criminal passasse a incluir o que lhe excede, de modo a criar um espaço de exceção no seu próprio seio.

De resto, o fato de que a prisão de Guantánamo⁷⁹ – “no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação” (Agamben, 2003, p. 13)⁸⁰ – seja situada no mesmo conjunto (o do direito penal do inimigo) em que são agrupadas medidas tradicionalmente jurídico-penais – “são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo” (Greco, 2005, p. 86) – é menos a expressão de uma confusão entre os próprios termos envolvidos do que sobretudo índice da indeterminação e da indiscernibilidade que passa a invadir o próprio âmbito do direito penal, cuja linha de deslocamento incessante é a figura do inimigo: que não é outra coisa senão a vida nua do *homo sacer* transposta para o interior do direito comum ordinário, o que mostra que a exceção passa a confundir-se com a regra.

É nesse sentido que pode ser lida a afirmação de Agamben de que o “estado de exceção cessa [...] de ser referido a uma situação externa e

⁷⁹ Francisco Rezek, ex-magistrado da Corte de Haia, principal instância jurídica da ONU, disse em entrevista à Folha de S.Paulo, publicada em 28/02/2007, o seguinte: “Guantánamo é um fato absolutamente novo na história, pois tudo aquilo que até hoje já aconteceu com muitos seres humanos, mas sempre de modo oculto, nos porões das ditaduras, até sem o conhecimento da cúpula do governo, tudo isso está acontecendo hoje assumidamente, abertamente, sob o patrocínio daquilo que posou até outro dia de grande democracia. Com a condescendência do poder judiciário, do Congresso e da maioria numérica da população. Guantánamo [...] mostra a que ponto pode chegar o apodrecimento da consciência das pessoas quando são manipuladas pelos respectivos governos na base do sentimento do medo. Quando os governos conseguem, habilidosamente, manipular o medo e, com isso, idiotizar as pessoas. Desde que as pessoas sensíveis a esse processo representem pouco mais de 50% da população, esses governos se mantêm no poder democraticamente” ([HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105046.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105046.shtml)).

⁸⁰ “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. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação” (Agamben, 2003, pp. 12-13).

provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma” (2004, p. 175).

Agamben menciona que o fundamento jurídico da internação nos campos nazistas (os *Lager*) “não era o direito comum, mas a *Schutzhaft* (literalmente: custódia protetiva),”

um estatuto jurídico de derivação prussiana que os juristas nazistas classificam às vezes como uma medida policial preventiva, na medida em que permitia “tomar sob custódia” certos indivíduos independentemente de qualquer conduta penalmente relevante, unicamente com o fim de evitar um perigo para a segurança do Estado. (*idem*, p. 174)

Em todo caso, ainda que a origem da *Schutzhaft* esteja relacionada, como dirá Agamben, com o estado de sítio, não há como não ver a proximidade – na sua razão de ser – com as medidas classificadas como de um direito penal do inimigo: antecipação da tutela penal para uma fase prévia à lesão de bens jurídicos (seja a etapa dos atos preparatórios ou a da *cogitatio* – até então irrelevantes penais); segundo Jakobs, o caráter policial é indissociável do direito penal do inimigo; o inimigo é visto como um perigo permanente à segurança do Estado e ao conjunto da população, e não como um cidadão com garantias e direitos a serem preservados.

No Brasil, o regime disciplinar diferenciado (RDD) apresenta características que não fogem a essa classificação, já que contempla situações em que “presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros” apresentam “alto risco para a ordem e a segurança da sociedade” (Lei 7.210/84, art. 52, § 1º)⁸¹. E seria ingenuidade supor que o dispositivo legal refere-se necessariamente a presos (provisórios ou não) e que jamais “os intérpretes da lei” vislumbrarão na expressão “nacionais ou estrangeiros” – em vez de uma mera locução adjetiva que apenas qualifica se o preso é nato ou não – um sintagma nominal: dois substantivos a mais, denotando outras duas categorias de indivíduos independentemente se são ou não presos de qualquer espécie (não que o fato de ser preso altere algo).

⁸¹ Cf. *supra* a nota 8, na qual está reproduzido o dispositivo legal em questão.

Uma das coisas que se aprende na práxis jurídica é que a lei é permissiva e os tribunais são volúveis. A depender da conjuntura sócio-econômica (na qual se inserem as decisões sobre segurança pública), e havendo pressão e interesse políticos nesse sentido, não parece difícil imaginar uma decisão jurídica embasada com argumentos do tipo “por que apenas o § 1º do art. 52 menciona ‘nacionais e estrangeiros’?”, “o *caput* e o § 2º falam em presos mas não mencionam se nacionais ou estrangeiros”, “ainda que não fosse a intenção do legislador, a *mens legis*⁸² contempla a possibilidade de aplicação do RDD a nacionais e estrangeiros, independentemente se estão ou não presos”, “no § 1º, a vírgula que separa a primeira locução (presos provisórios ou condenados) da segunda (nacionais e estrangeiros) é evidência de que esta última não se trata de um sintagma adjetivo mas de uma verdadeira dupla de substantivos a denotar outra categoria de sujeitos”, etc.

Ademais, o deslocamento incessante do âmbito do direito penal do inimigo alcança e inclui em seu rol – numa inclusão-excludente e vice-versa – situações que digam respeito a refugiados, estrangeiros ou qualquer outra classificação que ainda se pautem (aparentemente) por um critério de soberania territorial. Como assinala Cancio Meliá e Feijoo Sánchez, ao “fenômeno de la inmigración” diz intimamente respeito ao direito penal do inimigo (in Jakobs, 2006, p. 64). O emergir do campo, como espaço (bio)político na contemporaneidade, se dá “no ponto em que o sistema político do Estado-nação moderno, que se fundava sobre o nexos funcional entre uma determinada localização (o território) e um determinado ordenamento (o Estado), mediado por regras automáticas de inscrição da vida (o nascimento ou nação), entre em crise duradoura, e o Estado decide assumir diretamente entre as próprias funções os cuidados da vida biológica da nação” (2004, p. 181), como seguridade e segurança públicas.

Vale ainda mencionar que os juristas do nacional-socialismo, ao comentarem a suspensão das garantias constitucionais (feita por meio do decreto de 28 de fevereiro de 1933 para a “proteção do povo e do Estado”), definiam tal situação empregando a fórmula “um estado de exceção desejado

⁸² Seja lá o que isso for.

(*einem gewollten Ausnahmestand*) através da suspensão dos direitos fundamentais” (2004, p. 176).

Como também que os próprios cidadãos encontram-se num patamar de exposição extrema ao poder soberano que acaba por tornar-se indiscernível, no final das contas, em relação aos imigrantes, refugiados e inimigos. O exemplo recente do nacional-socialismo é elucidativo: “as leis de Nuremberg sobre ‘a cidadania do Reich’ e sobre a ‘proteção do sangue e da honra alemães’ impeliram ao extremo” o processo de progressiva desnaturalização e desnacionalização dos próprios cidadãos separando os alemães “em cidadãos a título pleno e cidadãos de segundo escalão, e introduzindo o princípio segundo o qual a cidadania era algo de que é preciso mostrar-se digno e que podia, portanto, ser sempre colocada em questionamento”:

E uma das poucas regras às quais os nazistas se ativeram constantemente no curso da “solução final”, era a de que somente depois de terem sido completamente desnacionalizados (até a cidadania residual que lhes cabia após as leis de Nuremberg), os hebreus podiam ser enviados aos campos de extermínio (*idem*, p. 139).

Ninguém melhor do que Carl Schmitt – diz Agamben – expressou com tanta clareza a “particular natureza das novas categorias biopolíticas fundamentais, quando, no ensaio de 1933 em *Estado, movimento, povo*, ele equipara o conceito de raça, sem o qual ‘o estado nacional-socialista não poderia existir, nem a sua vida jurídica seria pensável’, àquelas ‘cláusulas gerais e indeterminadas’, que foram penetrando sempre mais profundamente na legislação alemã e europeia do Novecentos”:

Conceitos como “bom costume” – observa Schmitt –, “iniciativa imperiosa”, “motivo importante”, “segurança e ordem pública”, “estado de perigo”, “caso de necessidade”, que não remetem a uma norma, mas a uma situação, penetrando invasivamente na norma, já tornaram obsoleta a ilusão de uma lei que possa regular a priori todos os casos e todas as situações, e que o juiz deveria simplesmente limitar-se a aplicar. Sob a ação

destas cláusulas, que deslocam certeza e calculabilidade para fora da norma, todos os conceitos jurídicos se indeterminam. “Deste ponto de vista” – ele escreve num tom inconscientemente kafkiano – “hoje em dia existem apenas conceitos jurídicos ‘indeterminados’... Desta maneira, toda a aplicação da lei está entre Cilas e Caribdes. O caminho à frente parece condenar a um mar sem limites e afastar-se sempre mais do terreno firme da certeza jurídica e da adesão à lei, que é também, ao mesmo tempo, o terreno da independência dos juízes: o caminho para trás, em direção a uma formalística superstição da lei, que foi considerada sem sentido e historicamente superada há muito tempo, também não é merecedor de consideração”. (*idem*, p. 178-179)

A julgar pelos exemplos e precedentes históricos, recusar-se a ver que prisões de Guatánamo – e podemos usar outros nomes: Abu-Graib, Lager, Gulags, campos – possam pulular pelo planeta criando espaços nos quais dentro e fora do ordenamento jurídico perdem o seu sentido, em que *nómos* e anomia, direito e vida tornam-se indiscerníveis, é um exercício ascético e tanto:

Hannah Arendt uma vez observou que, nos campos, emerge em plena luz o princípio que rege o domínio totalitário e que o senso comum recusa-se obstinadamente a admitir, ou seja, o princípio segundo o qual “tudo é possível”. (*idem*, p. 177)

A questão correta sobre os horrores cometidos nos campos não é, portanto, aquela que pergunta hipocritamente como foi possível cometer delitos tão atroz para com seres humanos; mais honesto e sobretudo mais útil seria indagar atentamente quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito (a esta altura, de fato, tudo tinha-se tornado verdadeiramente possível). (*idem*, p. 178)

[...] devemos esperar não somente novos campos, mas também sempre novas e mais delirantes definições normativas

da inscrição da vida na Cidade. O campo, que agora se estabeleceu firmemente em seu interior é o novo *nómos* biopolítico do planeta. (*idem*, p. 183)

5.4. Jakobs procurará, em seus escritos, justificar a necessidade de uma separação entre o direito penal do inimigo e o do cidadão, para que aquele não se espraie sobre este. E colherá exemplos propriamente do ordenamento normal como forma de alertar para a imprescindibilidade da separação. De que espécie de separação se trata então, se os exemplos são colhidos no seio do ordenamento normal? Como operar uma tal separação?

O esquema imaginado por Jakobs é conhecido: de um lado, uma dimensão jurídica destinada ao cidadão, com todas as garantias e direitos fundamentais; de outro, o direito do cidadão de assegurar-se contra o inimigo, cujas garantias jurídicas são limitadas ou suspensas – uma dimensão em que seria legítimo proteger o cidadão, da maneira que fosse necessária, contra o perigo inimigo. [Em seu ensaio, *Terroristas como pessoas em direito?*, Jakobs dirá, num jogo de palavras que faz com que a limitação à necessidade transcenda, sempre que for necessário, seus próprios limites, que “lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores. Pero qué es necesario?” (2006c, p. 88). E, em seguida, afirma que “es lícito asumir ‘daños colaterais’ (como se les denomina en el lenguaje militar), concretamente, la muerte de pasajeros que de ningún modo pueden ser hechos responsables del conflicto” (*idem*, p. 89). “De este modo se despersonaliza a estas víctimas civiles; pues se les priva de su derecho a la vida a favor de otros.” (*ibid.*). “Si, por lo tanto, el Estado, en caso de extrema necesidad, incluso frente a sus ciudadanos que no son responsables de ella, no conoce tabú alguno, sino hace lo necesario, mucho menos podrá imponerse tabúes en el ámbito de las medidas, para la evitación de esa extrema necesidad, dirigidas contra terroristas, es decir, contra quienes generan la situación de necesidad, al menos no dentro del marco de lo necesario” (*ibid.*)].

Essa separação topológica apresenta, na verdade, as seguintes implicações: pretende-se separar duas dimensões, uma que corresponde ao ordenamento normal e outra que diz respeito a um direito *sui generis*, por assim dizer. Ao fazê-lo, a dimensão reservada ao inimigo é delineada por meio de exemplos ou situações previstas no próprio ordenamento jurídico “normal” (v.g., quebra dos sigilos telefônico, bancário e postal, medida de segurança, prisão preventiva etc.); ao mesmo tempo, essas situações são alocadas no mesmo conjunto que contempla a tortura, a morte de civis como dano colateral e, sobretudo, a prisão de Guantánamo.

Não é preciso ir longe para perceber que essa separação, ao invés de realmente separar, não faz outra coisa senão criar uma zona cinzenta em que institutos jurídicos, baseados em normas destinadas a todos os cidadãos, e situações (como a tortura, a morte de civis e a prisão de Guantánamo) consideradas excepcionais ou fora do ordenamento se tornam indiscerníveis. O resultado acaba sendo a própria indistinção, em última instância, entre quem é cidadão e quem é inimigo, de modo que a dimensão referente a este tende a se confundir com a dimensão referida àquele. Em última instância, não é possível a separação, ou melhor, a própria separação mostra aqui toda sua aporia. (E, por sua vez, o “problema de como trazar los límites”⁸³ [2006c, p. 87], caso se considere como legítimo um direito penal do inimigo, é o mesmo problema de como separar com precisão o cidadão do inimigo: a indecidibilidade do problema jurídico, de que fala Benjamin⁸⁴, aparece também aqui com toda sua evidência.)

Isso expressa com boa dose de clareza aquilo que Jean-Luc Nancy e Phillipe Lacoue-Labarthe escreveram sobre o mecanismo de identificação mítico-mimético com o qual todo *povo* ou comunidade opera para sua própria constituição (*O mito nazista*, 2002). Todo mecanismo de identificação funciona mediante um incessante processo de separação do objeto sobre o qual incide. Como dirá Agamben, a “separação do corpo hebreu é imediata produção do corpo próprio alemão, assim como a aplicação da norma é a sua produção”

⁸³ Jakobs pergunta: “Es legítimo un Derecho penal del enemigo? Y, si se contesta afirmativamente: hasta qué punto?” (2006c, p. 87)

⁸⁴ Segundo Benjamin, “em última instância, é impossível ‘decidir’ qualquer problema jurídico – aporia que talvez só possa ser comparada com a impossibilidade de uma decisão taxativa sobre o que é ‘certo’ ou ‘errado’ em linguagens que têm uma evolução histórica” (1986, p. 171).

(2004, p. 180); um corpo que inicialmente, e juridicamente, constituía uma virtual homogeneidade enquanto povo alemão unitário (baseada nos tradicionais critérios do *ius soli* e *ius sanguinis*).

Não é outro o mecanismo que opera no direito penal do inimigo, em que a decisão sobre o inimigo é simultaneamente constitutiva da figura do cidadão. Mas, como aconteceu com a máquina antropológica nazista, o incessante dispositivo de separação somente encontrará seu termo (que tanto significa seu fim quanto seu ideal – o que mostra aqui todo seu caráter escatológico) quando seu funcionamento houver seccionado a tal ponto o ideal de cidadão até então dizimá-lo. Se é verdade que o paradigma do campo de concentração, como afirma Agamben, “é o novo regulador oculto da inscrição da vida no ordenamento – ou, antes, o sinal da impossibilidade do sistema de funcionar sem transformar-se em uma máquina letal” (*idem*, p. 182), o direito penal do inimigo é sua manifestação biopolítica exemplar no âmbito jurídico-penal e o limiar cuja transposição o torna irrestrito e sem volta.

A noção de povo parece estar diretamente relacionada à separação cidadão-inimigo. Ela apresenta características e peculiaridades que por vezes são desconsideradas e abrange aquela disjuntiva – aparentemente encobrindo – inserta na “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão” que se seguiu à Revolução Francesa, e ao que tudo indica fora implícita e inconscientemente retomada na formulação jakobsiana:

Toda interpretação do significado do termo “povo” deve partir do fato singular de que, nas línguas europeias modernas, ele sempre indica também os pobres, os deserdados, os excluídos. Um mesmo termo denomina, assim, tanto o sujeito político constitutivo quanto a classe que, de fato, se não de direito, é excluída da política. (*idem*, p. 183)

Assim temos, além do vernáculo⁸⁵, o it. *popolo*, o esp. *pueblo*, o fr. *peuple*, o ing. *people*, e os respectivos adjetivos “popular”, *popolo*, *populaire*, todos derivados do baixo-latim ou latim tardio *populus* e *popularis*. Seja no uso

⁸⁵ Derivado do lat. *populus* através da seguinte evolução: *poblo* > *poboo* > *povoo* > *povo* (Cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*).

cotidiano, seja no vocabulário político, todos conservam tanto o conjunto de cidadãos que formam o corpo político unitário (povo brasileiro, ação popular) quanto aqueles que integram as classes subalternas (*homem do povo, bairro popular, frente popular*). Essa ambigüidade estará presente já durante a Revolução Francesa em que se testemunha a comiseração pelo povo como classe excluída, assim como se clama pela soberania popular:

Uma ambigüidade semântica tão difusa e constante não pode ser casual: ela deve refletir uma anfibolia inerente à natureza e à função do conceito “povo” na política ocidental. [...] de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral, de outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos carentes e excluídos; lá, uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui, uma exclusão que se sabe sem esperança; em um extremo, o estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a escória [*bandita*] – corte dos milagres ou campo – dos miseráveis, dos oprimidos, dos vencidos. [...] povo é um conceito polar que indica um duplo movimento e uma complexa relação entre os dois extremos. (2004, pp. 183-184)

A polaridade do conceito de “povo” mostra, assim, toda sua essência e proveniência biopolítica:

Mas isto significa, também, que a constituição da espécie humana em um corpo político passa por uma cisão fundamental, e que, no conceito “povo”, podemos reconhecer sem dificuldades os pares categoriais que vimos definir a estrutura política original: vida nua (povo) e existência política (Povo), exclusão e inclusão, *zoé* e *bíos*. O “povo” carrega, assim, desde sempre, em si, a fratura biopolítica fundamental. [...]. Ele é aquilo que já é desde sempre, e que deve, todavia, realizar-se; é a fonte pura de toda identidade, e deve, porém, continuamente redefinir-se e purificar-se através da exclusão, da língua, do sangue, do território. Ou então, no pólo oposto, ele é aquilo que falta por essência a si mesmo e cuja realização coincide, portanto, com a própria abolição; é aquilo

que, para ser, deve negar, com o seu oposto, a si mesmo [...] (*idem*, p. 184).

A relação com o mecanismo de produção de identidade e, por consequência, da correspondente diferença, referidos por Nancy e Labarthe, é elucidativo no conceito de “povo” – assim como no de pessoa ou cidadão formulado por Jakobs – e traz à luz todo seu caráter escatológico e messiânico:

Alternativamente estandarte sangrento da reação e insígnia incerta das revoluções e das frentes populares, o povo contém em todo caso uma cisão mais originária do que aquela de amigo-inimigo, uma guerra civil incessante que o divide mais radicalmente do que qualquer conflito e, ao mesmo tempo, o mantém unido e o constitui mais solidamente do que qualquer outra identidade. Observando bem, aliás, aquilo que Marx denomina luta de classe e que, mesmo permanecendo substancialmente indefinido, ocupa um lugar tão central no seu pensamento, nada mais é que esta guerra intestina que divide todo povo e que terá fim somente quando, na sociedade sem classes ou no reino messiânico, Povo e povo coincidirão e não haverá mais, propriamente, povo algum. (*idem*, p. 185)

Portanto, do mesmo modo que o mecanismo de identidade-diferença, que nada mais é que uma máquina antropológica que incessantemente procura definir o *humano* – e o conceito de povo é um dispositivo exemplar seu – através de um movimento de inclusão-exclusão, o par conceitual cidadão-inimigo ou pessoa-indivíduo reproduz esse dispositivo cujo fim catastrófico já fora antevisto durante o Reich nacional-socialista:

A fratura que se acreditava ter preenchido eliminando o povo (os hebreus, que são o seu símbolo) se reproduz assim novamente, transformando o inteiro povo alemão em vida sacra votada à morte e em corpo biológico que deve ser infinitamente purificado (eliminando doentes mentais e portadores de doenças hereditárias). (*idem*, p. 186)

Hannah Arendt, em seu *Origens do totalitarismo*, menciona em nota de pé de página um dos últimos planos de Hitler pouco antes do fim da guerra, através do qual se pode imaginar até que ponto essa máquina avançaria sobre todos os cidadãos alemães:

Hitler planejou, durante a guerra, a criação de uma Lei de Saúde Nacional: “Depois de um exame de raios X de toda a nação, o *Fuehrer* receberia uma lista de pessoas doentes, particularmente de portadores de moléstias do pulmão e do coração. Segundo essa nova lei de saúde do Reich (...) essas famílias já não poderiam permanecer misturadas ao público nem gerar crianças. O que será feito delas é objeto de futuras ordens do *Fuehrer*”. Não é preciso ter muita imaginação para adivinhar o que teriam sido essas ordens futuras. O número de pessoas que já não poderiam “permanecer misturadas ao público” teria constituído uma considerável proporção do povo alemão [...]. (1989, p. 466, nota 80)⁸⁶

⁸⁶ Cf. também Agamben, 2004, p. 157.

6. *Quare siletis juristae in munere vestro?*

6.1. Sabe-se que Foucault colocará em questão o progressivo papel que a “polícia” ou “ciência do policiamento” (*Polizeiwissenschaft*) desempenhará a partir do século XVIII como técnica de governo própria ao Estado, cuja tarefa é a custódia da população em todos os seus aspectos: o que se relaciona eminentemente com o que Foucault entende por biopolítica. Foucault menciona a obra de von Justi que “estabelece uma distinção entre essa tarefa que, semelhante a seus contemporâneos, denomina *Polizei*, e a *Politik*, *Die Politik*. *Die Politik* é essencialmente uma tarefa negativa. Ela consiste, para o Estado, em se defrontar com seus inimigos, tanto internos como externos. A *Polizei*, em contrapartida, é uma tarefa positiva: ela consiste em favorecer ao mesmo tempo a vida dos cidadãos e o vigor do Estado” (2006, p. 383).

Agamben, interpretando o texto foucaultiano, afirma por sua vez que “não se compreende a biopolítica nacional-socialista (e, com ela, boa parte da política moderna, mesmo fora do terceiro Reich), se não se entende que ela implica o desaparecimento da distinção entre os dois termos: a *polícia* torna-se então *política*, e a tutela da vida coincide com a luta contra o inimigo” (2004, p. 154).

Ao mencionar que o direito penal do inimigo somente é “direito” para o conjunto da população – das pessoas, dos cidadãos – contra o inimigo, Jakobs explicita que para este último não se trata de um direito no sentido próprio do termo, pois o Estado simplesmente o coage, luta e guerreia contra ele. O direito penal do cidadão, por outro lado, com suas regras e garantias e sobretudo com a pena, visa manter a estrutura normativa que não apenas orienta como é reflexo e identifica a sociedade de cidadãos. Os dois tipos de direito, em suma, visam “favorecer a vida dos cidadãos e o vigor do Estado”. Ainda que Jakobs alegue, como escusa para suas formulações, a necessidade de distinguir o direito para o cidadão do “direito” para o inimigo, o fato é que os objetivos

últimos de cada qual não se distinguem. No aparente microcosmo da formulação teórica do direito penal do inimigo observa-se, do mesmo modo, uma sobreposição entre polícia e política, onde “a tutela da vida coincide com a luta contra o inimigo”.

É certo que o termo “polícia”, nesse sentido, não quer dizer “uma instituição ou um mecanismo funcionando no seio do Estado, mas uma técnica de governo própria ao Estado: domínios, técnicas, objetivos que apelam a intervenção do Estado” (Foucault, 2006, p. 377).

Ainda assim, não é somente em outro sentido nem um acaso Jakobs afirmar que é preciso ir além dos limites legais, por exemplo, para o interrogatório de um terrorista, já que “el hecho de que este caso afecta a una problemática del derecho de policía no es óbice: es imposible excluir lo policial del Derecho penal del enemigo” (2006c, p. 88), assim como “la defensa frente a riesgos que amenazan es cometido de la policía”, de modo que “el Derecho penal del enemigo [...] tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico. El Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos” (2006a, pp. 112-113).

Nesse sentido, não surpreende então que recentemente, em 2009, numa conferência cujo tema era mostrar que o direito penal do inimigo possui sistematização teórica, Jakobs tenha mencionado a “policialização” (*Verpolizeilichung*) como um aspecto que desde o último quartel do século XIX esteve presente no direito penal, não para tratar de crimes já praticados, mas para a prevenção e a proteção da sociedade contra crimes vindouros.⁸⁷

Por outro lado, Agamben dirá ademais, quanto à biopolítica nazista, que “somente nesta perspectiva adquire todo o seu sentido o extermínio dos hebreus, em que polícia e política, motivos eugenéticos e motivos ideológicos, tutela da saúde e luta contra o inimigo tornam-se absolutamente indiscerníveis” (2004, p. 154).

Se observarmos que a noção de saúde, na sua origem latina (lat. *salus, salutis*) e no seu desenvolvimento, remete à idéia de salvação (*salvus*) e

⁸⁷ *Zur Theorie des Feindstrafrechts* (manuscrito).

de conservação da vida, assim como sua acepção principal no léxico hoje denota o “estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para a forma particular de vida (raça, gênero, espécie) e para a fase particular de seu ciclo vital”⁸⁸, não é despropositado falar em saúde do organismo social ou do sistema normativo-funcional já que não apenas as metáforas biológicas como a própria estrutura de funcionamento dos organismos, enquanto modelo para a teoria do conhecimento⁸⁹, têm apresentado um papel nada secundário no desenvolvimento das ciências humanas desde a segunda metade do século XX, assim como influenciado a teoria do direito⁹⁰.

6.2. Uma peculiar noção de saúde – a da pureza da raça – se pode deduzir das técnicas e práticas discursivas empregadas durante o regime nazista. São bem conhecidas hoje, em virtude do acesso aos arquivos e ao material documental do Estado nacional-socialista que foram em boa medida preservados, as experimentações a que os médicos do regime submeteram as chamadas VP (*Versuchepersonen*) – ou seja, as cobaias humanas – no intuito de desenvolver técnicas e procedimentos que minimizassem os riscos a que eram expostos os soldados nazistas em suas operações militares.

Sobre isso e na perspectiva que nos interessa, faz-se pertinente mencionar a troca de correspondência entre um médico-pesquisador do regime e Heinrich Himmler, então líder da *Gestapo* e das SS, e os desdobramentos daí advindos:

Em 15 de maio de 1941, o doutor Roscher, que havia tempo conduzia pesquisas sobre o salvamento a grandes alturas, escreveu a Himmler para perguntar-lhe se, dada a importância que os seus experimentos assumiam para a vida dos aviadores alemães e o risco mortal que comportavam para as VP (*Versuchepersonen*, cobaias humanas), e considerando, por outro lado, que os experimentos não poderiam ser conduzidos proveitosamente em animais, seria possível dispor de “dois ou

⁸⁸ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*.

⁸⁹ vide Maturana e Varela, 2001.

⁹⁰ vide Teubner, 1993; também Luhmann, 2002; Luhmann e De Giorgi, 1992.

três delinqüentes de profissão” para o seu prosseguimento. A guerra aérea havia então entrado na fase do vôo a grandes alturas e se, nestas condições, a cabine pressurizada sofria danos ou o piloto precisava lançar-se de pára-quedas, o risco de morte era elevado. O resultado final da troca de cartas entre Roscher e Himmler (que nos foram integralmente conservadas) foi a instalação em Dachau de uma câmara de compressão para continuar os experimentos em um lugar em que as VP eram particularmente fáceis de encontrar. Possuímos o protocolo (acompanhado de fotografias) do experimento conduzido em uma VP hebréia de 37 anos, com boa saúde, a uma pressão correspondente a 12.000 metros de altitude. “Após 4 minutos” – lemos – “a VP começou a suar e a menear a cabeça. Depois de cinco minutos produziram-se câibras, entre 6 e 10 minutos a respiração se acelerou e a VP perdeu a consciência; entre 10 e 30 minutos a respiração diminuiu até três inspirações por minuto, para depois cessar de todo. Contemporaneamente, o colorido tornou-se fortemente cianótico e apresentou-se baba em volta dos lábios.” Segue-se o relatório da dissecação do cadáver para constatar as eventuais lesões orgânicas. (Agamben, 2004, p. 161)

O que propriamente nos interessa destacar aqui é o trecho em que o doutor Roscher pede a Himmler se era possível obter “dois ou três delinqüentes de profissão” para a continuidade dos experimentos. “Delinqüente por profissão” equivale ao que na prática discursiva do direito penal tradicionalmente designa-se, de acordo com a nomenclatura técnica, por “criminoso habitual ou por tendência”⁹¹, ou seja, aquele indivíduo que faz do crime seu *modus vivendi*.

Justamente essa categoria de criminoso é que Jakobs concebe como o indivíduo que permanentemente se opõe ao cumprimento da ordem normativa, vale dizer, o inimigo.

⁹¹ Cf. Welzel, 2002, p. 152.

A distância no tempo (cerca de setenta anos atrás) e no espaço (Alemanha nazista) não deve induzir à idéia de que a menção a “dois ou três delinqüentes de profissão” na carta de Roscher a Himmler, além de ser uma mera casualidade, diz respeito a um contexto espaço-temporal específico e restrito, e a acontecimentos que ensinaram a humanidade a procurar não mais repeti-los.

No ano de 2004, o deputado federal Irapuan Teixeira, do Partido Progressista, seção São Paulo, apresentou perante o plenário de sua casa legislativa projeto de lei (PL-3857/04) de alteração do Código Penal para inclusão de uma seção (Seção IV) sobre “doação compulsória de órgãos”, de modo que todo condenado por dois ou mais homicídios dolosos, cuja pena fosse igual ou superior a trinta anos, seria obrigado a doar “um dos órgãos duplos (córnea, rim, pulmão), além da medula ou 1/3 do fígado” (art. 52-A). O “órgão a ser compulsoriamente doado” dependeria não da escolha do condenado mas “da necessidade das filas de transplante e da compatibilidade entre doador e receptor” (art. 53-A). A justificativa do projeto destacava, entre outras razões, que a “doação” era uma “medida de justiça [para] que tais criminosos contumazes contribuíssem com a recuperação dos inúmeros doentes que formam as filas que aguardam transplante”. Além disso, a despeito de aduzir que a medida era “um ato reparador” – porque o Estado despende enormes gastos para custodiar um “delinqüente [que] persiste numa vida de crimes” e “a pena de reclusão não é suficiente para haver ressarcimento de vidas” –, frisava que os condenados em questão receberiam “todos os cuidados médicos necessários a fim de que... [tivessem] vida normal após a doação compulsória”⁹². Na conclusão, o proponente exortava seus pares a aprovarem o projeto “por acreditar que tal iniciativa aposta na melhoria da qualidade de vida do brasileiro”.

⁹² O caráter simultaneamente burlesco e repulsivo mostra toda sua extravagância quando, na mesma justificção, procura-se parecer cômico e exato quanto à indenidade da “doação” ao circunstanciar as situações contempladas pelo projeto de lei: “houve a preocupação de explicitar na lei que apenas poderão ser doados os órgãos que existem em dupla no corpo humano. Doando um pulmão, sobra ainda outro, assim como com um rim ou uma córnea. Quanto ao fígado, como ele possui capacidade de regeneração não há problemas em se doar um terço do mesmo”. A referência ao fígado faz lembrar, em alguma medida, o mito grego do gigante Títio, cujo castigo é ter um abutre que lhe come o fígado, o qual, mal é devorado, regenera-se, e o castigo não tem fim; da mesma maneira, o mito de Prometeu.

O projeto de lei teve um trâmite legislativo curto e acabou arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por contrariar o disposto no art. 61, § 1º, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal.

Esse caso, à primeira vista, parece somente um episódio inusitado e grotesco da política legislativa brasileira, fruto apenas do disparate de um político cujos pares jamais permitiriam que um dispositivo assim fosse aprovado, e caso eventualmente o fosse, por certo que o guardião da Constituição – o Supremo Tribunal Federal – o consideraria inconstitucional, como procedeu em 2006 com a chamada Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90) no tocante ao regime integralmente fechado.

No ano de 2007, contudo, o senador Gerson Camata, do PMDB do Espírito Santo, apresentou projeto de lei (PLS 552/07) para que condenados por crimes sexuais contra crianças e adolescentes – o que no léxico psicopatológico corresponde à pedofilia – fossem submetidos à “castração química” obrigatória. “Já adotada em países como Estados Unidos, França e Canadá, a castração química reduz a libido por controle hormonal”, informa o periódico oficial do Senado. Outros dois projetos idênticos foram apresentados pelos deputados federais Capitão Assunção (PSB-ES) e Marina Magessi (PPS-RJ) que acabaram sendo devolvidos à Mesa da Câmara por ferirem os princípios constitucionais de que “não haverá penas cruéis” assim como “ninguém será submetido a tratamento degradante”.

O senador Geraldo Crivella, relator do PLS 552/07, formulou então requerimento de alteração do projeto para que a castração deixasse de ser obrigatória. Tal pedido foi aprovado antes que o projeto original fosse submetido à Comissão de Direitos Humanos (CDH) e votado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do parlamento.

Com a alteração, o projeto passou a prever que os condenados em questão que aceitem o tratamento químico terão a pena reduzida em um terço. Além disso, iniciado o tratamento, o condenado será obrigado a segui-lo até que decisão judicial, baseada em laudo clínico, avalie o êxito ou não da “terapia”. Em entrevista, o relator Crivella justificou a vantagem do projeto:

A terapia química seria uma pena cruel? Ela só enxerga o corpo do condenado, perdendo de vista o interesse geral? Nossa resposta é negativa. A terapêutica química vem para tornar possível o retorno do pedófilo ao ambiente social, sem constituir um perigo para os outros.⁹³

O projeto ainda está em trâmite e aguarda para ser votado ao longo do ano de 2010.

Durante o regime nazista, outro prestigiado setor de experimentações referia-se à esterilização química ou por radiação: “Excepcionalmente grave e dolorosa para os pacientes foi, além disso, a experimentação sobre a esterilização não cirúrgica, por meio de substâncias químicas ou radiações, destinada a servir à política eugenética do regime”. Agamben ainda afirma que o impulso de vislumbrar a variedade de experimentos médicos exclusivamente como “atos sádico-criminais”, por ser algo de tal maneira atroz, seria quase irresistível. “Infelizmente” – diz ele – “isto não é possível.”

Para começar, alguns (por certo não todos) dentre os médicos que haviam conduzido os experimentos eram pesquisadores assaz conhecidos na comunidade científica: o professor Clauberg, por exemplo, responsável pelo programa sobre a esterilização, era, entre outros, o idealizador do *test* (dito, justamente, *de Clauberg*) sobre a ação do progesterona, que até poucos anos atrás ainda era usado correntemente na ginecologia. (2004, pp. 162-163)

(Segue-se então um elenco de alguns renomados cientistas e professores alemães que levaram a cabo experimentações congêneres e que mantiveram, mesmo após o fim da Segunda Guerra, a admiração de boa parte da comunidade científica internacional)

É preciso ressaltar que a esterilização por meio da ação do progesterona (o mencionado *test de Clauberg*) pouco difere da castração química antes referida, já que o controle a respeito de seus efeitos sobre o organismo humano continua sendo objeto de pesquisas. Que a castração química ostenta,

⁹³ *Jornal do Senado*, Brasília, 23 a 29 de dezembro de 2009, p. 7.

conforme o *Boletim Informativo* do Gabinete do senador Gerson Camata⁹⁴, o sinônimo técnico de “terapia antagonista de testosterona” – uma espécie de *nomen a contrario sensu* do hormônio feminino –, é um sugestivo indício que não se pode desprezar.

Em suma, algumas conclusões podem ser já avistadas. Quanto ao projeto de lei sobre doação de órgãos, a expressa menção a “criminosos contumazes” (ou que “persistem numa vida de crimes) e à “qualidade de vida” da população brasileira não é senão índice da íntima relação entre direito penal do inimigo e biopolítica. Por sua vez, as referências a “ato reparador” e “ressarcimento” parecem um alerta inconsciente mas sombrio sobre o quanto medidas drásticas – como a que transforma o sujeito num receptáculo para provisão de órgãos vitais – podem ser apresentadas sob a singela forma de uma *dívida* a ser paga à sociedade no intuito de conservar ou melhorar seu funcionamento vital.

No que concerne ao projeto senatorial para castração química, a alteração feita pela relatoria não retira seu caráter sinistro; ao contrário, apenas mostra como, através da insídia, se pode tentar ocultá-lo. Em vez de obrigatória, a castração passa a ser de livre escolha do condenado, o qual, se a admitir, terá redução de um terço da pena; além disso, uma vez aceito o tratamento, o indivíduo não poderá interrompê-lo até que judicialmente o seja autorizado. Supor que um condenado a uma pena de trinta anos de reclusão poderá livremente optar se quer ou não se submeter à castração química, podendo abater dez anos de cárcere, é no mínimo ingenuidade. Aqui livre opção e coerção estatal indireta se tornam sinônimos.

A propósito, Giorgio Agamben menciona que, nos Estados Unidos, as práticas médico-científicas congêneres às aqui tratadas, realizadas no século XX, eram precedidas de um documento que o detento assinava para que houvesse “um explícito e voluntário consentimento da parte do indivíduo que deveria ser submetido ao experimento”:

A evidente hipocrisia de semelhantes documentos não pode deixar de causar perplexidade. Falar de livre vontade e de consenso no caso de um condenado à morte ou de um detento

⁹⁴ “Boletim Informativo – Gabinete do Senador Gerson Camata”, Espírito Santo, nº 003/2007.

que desconta penas graves é no mínimo discutível. (2004, p. 164)

A analogia entre a castração química e as esterilizações nazistas resulta, afinal, por demais evidente. Não que o fato de ter sido uma prática nazista a torne, por si só, condenável. Isso seria perder de vista o que essencialmente está em jogo. As próprias práticas médico-científicas utilizadas pelo nacional-socialismo – que de modo algum foram exclusividade sua, como visto, mas também de países democráticos como os EUA⁹⁵ – são apenas a manifestação mais contundente e perturbadora de algo mais complexo e que possui raízes profundas na história política do Ocidente. E talvez apenas a análise biopolítica possa ser decisiva para fazer emergir à luz o que tem permanecido oculto. Segundo Giorgio Agamben:

Os “enigmas”... que nosso século propôs à razão histórica e que permanecem atuais (o nazismo é só o mais inquietante entre eles) poderão ser solvidos somente no terreno – a biopolítica – sobre o qual foram intrincados. Somente em um horizonte biopolítico, de fato, será possível decidir se as categorias sobre cujas oposições fundou-se a política moderna (direita/esquerda; privado/público; absolutismo/democracia etc.), e que se foram progressivamente esfumando a ponto de entrarem hoje numa verdadeira e própria zona de indiscernibilidade, deverão ser definitivamente abandonadas ou poderão eventualmente reencontrar o significado que naquele

⁹⁵ “Decididamente mais embaraçosa é, além disso, a circunstância (que resulta de forma inequívoca da literatura científica anexada pela defesa [de um médico nazista] e confirmada pelos peritos do tribunal) de que experimentos com detentos e condenados à morte haviam sido conduzidos muitas vezes e em larga escala, no nosso século, em particular nos Estados Unidos (o país de onde provinha a maior parte dos juízes de Nuremberg). Assim, nos anos vinte, oitocentos detentos nos cárceres dos Estados Unidos haviam sido infectados com o plasmódio da malária na tentativa de encontrar um antídoto para o paludismo. Exemplares, na literatura científica sobre a pelagra, eram considerados os experimentos conduzidos por Goldberger em 12 detentos estadunidenses condenados à morte, aos quais tinha sido prometido, se sobrevivessem, um indulto da pena. Fora dos USA, as primeiras pesquisas com culturas do bacilo do beribéri haviam sido conduzidas por Strong, em Manila, em condenados à morte”, como também “o caso do condenado à morte Keanu (Havaí), que havia sido infectado com lepra sob a promessa de graça e tinha falecido em consequência do experimento”; aliás, “foram averiguados casos ainda mais clamorosos de experimentos de massa realizados em cidadãos americanos desprevenidos, para estudar, por exemplo, os efeitos das radiações nucleares” (Agamben, 2004, pp. 163-164 e 165).

próprio horizonte haviam perdido. E somente uma reflexão que, acolhendo a sugestão de Foucault e Benjamin, interrogue tematicamente a relação entre vida nua e política que governa secretamente as ideologias da modernidade aparentemente mais distantes entre si poderá fazer sair o político de sua ocultação e, ao mesmo tempo, restituir o pensamento à sua vocação prática. (*idem*, p. 12)

É legítimo indagar-se sobre o seguinte fato: se era possível, por um lado, supor que experiências científicas como as aludidas não provocassem dilemas ético-morais nos médicos e servidores de um regime totalitário, “o qual se movia em um horizonte declaradamente biopolítico”, por outro, “como era possível que experimentos em certa medida análogos pudessem ter sido conduzidos em um país democrático?”; segundo Agamben:

A única resposta possível é a de que tenha sido decisiva, em ambos os casos, a particular condição das VP (condenados à morte ou detentos em um campo, o ingresso no qual significava a definitiva exclusão da comunidade política). Justamente porque *privados de quase todos os direitos e expectativas que costumamos atribuir à existência humana* e, todavia, biologicamente ainda vivos, eles vinham a situar-se em uma zona-limite entre a vida e a morte, entre o interno e o externo, na qual não eram mais que vida nua. Condenados à morte e habitantes do campo são, portanto, de algum modo inconscientemente assemelhados a *homines sacri*, a uma vida que pode ser morta sem que se cometa homicídio. (*idem*, p. 166)⁹⁶

Lembrarmos o que Hannah Arendt afirmou sobre a dominação totalitária (“O primeiro passo essencial no caminho do domínio total é matar a pessoa jurídica do homem”⁹⁷) é uma forma de reforçar o alerta de que a particular

⁹⁶ Sem destaque no original.

⁹⁷ Arendt, 1989, p. 498. Em outra passagem: “A destruição dos direitos de um homem, a morte da sua pessoa jurídica, é a condição primordial para que seja inteiramente dominado” (p. 502).

condição de cobaias humanas está precipuamente na privação de seus direitos e garantias.

Se, “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, 2004, p. 166), o que dizer do papel do jurista e do teórico do direito, hoje, diante de situações reais e concepções teóricas em que “quase todos os direitos” são negados ao indivíduo porque “expectativas que costumamos atribuir à existência humana” supostamente não podem mais ser reconhecidas com segurança, ou melhor, asseguradas cognitivamente?

Esta questão procura, em alguma medida, fazer coro à provocação de Agamben aposta sutilmente na epígrafe de seu *Estado de exceção*. Ao parafrasear a exclamação de Alberico Gentile – *Silete theologi in munere alieno!* (“Calai, ó teólogos, sobre o dever alheio!”) – escrita na célebre obra *De iure belli*, Agamben a transforma numa interrogação dirigida aos juristas: *Quare siletis iuristae in munere vestro?* (“Por que silenciais, ó juristas, sobre o vosso dever?”)

7. “Hostipitalidade”: do hospital ao campo

7.1. Orientação cognitiva e orientação normativa (ou expectativas cognitiva e normativa) seriam elementos estruturais que constituem o sistema social. Toda orientação normativa, para que seja efetiva, vale dizer, real, requer um apoio cognitivo que viabilize aquela orientação dirigida aos cidadãos. O dado cognitivo encontrar-se-ia no “ser” da sociedade e informaria o “dever-ser” do dado normativo. Assim, Jakobs dirá que “estrutura normativa real da sociedade... significa que se trata de uma estrutura que não apenas é postulada, mas que no essencial também é imposta, que está implantada no ser; do contrário, a orientação é puramente cognitiva” (2006, p. 11).

Jakobs, por outro lado, propõe a separação entre um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo sob o argumento de que, se assim não se proceder, o risco de que este último se alastre por sobre aquele estará presente (*idem*, pp. 176-177), de modo que cidadãos acabariam por ser considerados como inimigos. Pressupõem-se aqui duas categorias deônticas distintas, supostamente separáveis, portanto. E o que está na base dessa pressuposição é uma separação mais fundamental e velada: uma separação ontológica na esfera do humano. Jakobs diz que seus conceitos de “pessoa” e “indivíduo” se referem unicamente a fórmulas normativas relativas ao sistema social-normativo, mas simultaneamente diz também que suas análises são descritivas e não propositivas. Sua descrição vê na realidade social uma dualidade entre humanos, dualidade que o direito reflete (ou “captura fora”, *ex-capere*) através de normas jurídicas sistemicamente neutras, pois o que está em jogo é o funcionamento e a conservação do sistema. Aqui temos um exemplo da indeterminação entre direito e vida de que fala Agamben – e que Jakobs se esforça por separar –: “a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão” (2002, p. 10).

La separación entre ser e deber ser es un proceso cotidiano en el moderno pensamiento jurídico... . (...). Sin embargo, en la vida social, ningún sujeto cuya actitud interna sea conforme al ordenamiento jurídico se orientará exclusivamente, sino que lo hará en atención a la estructura normativa real de la sociedad; 'real' significa que se trata de una estructura que no es sólo postulada, sino que en lo esencial también es impuesta, que está implantada en el ser; de lo contrario, la orientación será puramente cognitiva” (Jakobs, 2006, p. 11)

Essa imbricação entre ser e dever-ser – que constitui o fundamento do sistema normativo concebido pelo jurista alemão – revela todo seu poder de império na concepção de Jakobs sobre direitos humanos, como também sua íntima e originária relação com o direito penal do inimigo.

Numa ordem jurídica estabelecida (ou seja: em que se supõe a existência de orientação cognitiva), a norma jurídica não apenas vige socialmente quando é observada, mas também quando se mantém contrafaticamente, pois, nesse caso, sendo violada, ela não perde sua vigência, já que àquele que a viola será imposta uma pena como expressão contrafática, isto é, “su tratamiento como delincuente es la confirmación, o, dicho con mayor exactitud, el mantenimiento de la norma” (Jakobs, 2006a, p. 101).

Por sua vez, como os direitos humanos não oferecem orientação em muitos recantos do mundo, a punição correspondente à sua infração não servirá para a manutenção da vigência da norma – uma vez que não se tem vigência normativa real –, mas sim para seu estabelecimento, isto é, para sua imposição forçada. Consoante os termos de Jakobs, uma pura coação.

la pena pasa de ser un medio para el *mantenimiento* de la vigencia de la norma a serlo de la *creación* de vigencia de la norma.

En un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado.

La situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos.

[...] en esta medida, no se trata del *mantenimiento* de un “estado comunitario-legal”, sino, con carácter previo, de su *establecimiento*. La situación previa a la creación del estado comunitario-legal es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad. (2005, pp. 58-60)

[...] si se pretende establecer un orden, el autor no puede haber sido ya previamente ciudadano del mismo. Si una situación en Derecho aún no se ha establecido, se trata del estado prejurídico, es decir, precisamente, el estado de naturaleza, y en él no hay personalidad jurídica. Por ello, de por sí, contra los que vulneran los derechos humanos – quienes por sí mismos ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del Derecho – está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiriera carácter real, y esta autorización amplia es utilizada en la *praxis*, empezando por hacer la guerra, y no enviando tan sólo a la policía para ejecutar una orden de detención.” (2006, pp. 181-182)

O ensaio *Crítica da violência*, de Walter Benjamin, pode oferecer, como já visto, condições de análise e interpretação daquilo que estaria no âmago dessa concepção, em que a violência, enquanto essência do poder jurídico, tanto se mostra no estabelecimento do direito quanto na manutenção do direito estabelecido.

7.2. Conquanto diga que sua teoria não adota a perspectiva de “un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos” (1996, p. 15), Jakobs utilizará, contudo, precisamente a categoria fundamental do contratualismo que permitirá a fundação mítica do Estado moderno: o estado de natureza, um “estado prejurídico” em que “en él no hay personalidad jurídica”. Não faria diferença alguma se onde está escrito “constitución civil” constasse “estado civil” (o *Commonwealth* de Hobbes, que traduz o *res*

publica). O par conceitual – vale dizer, o mitologema –, que deu origem à visão segundo a qual se encara a formação do Estado moderno, está ali presente.

Em *Terroristas como pessoas em Direito?*, Jakobs afirma que, quando uma certa pessoa, a quem é dirigida uma expectativa normativa, viola a norma penal, aquela expectativa “pierde su capacidad de orientación” (p. 81), já que faltará o “apoyo cognitivo” que deveria ser prestado por essa pessoa. E acrescenta:

En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona – la destinataria de expectativas normativas – muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo. (2006c, pp. 81-82)

É nítido que a “capacidade de orientação” da expectativa normativa é inteiramente pressuposta por Jakobs. A perda dessa capacidade orientadora converte a pessoa em fonte de perigo. A coerência, aqui, com o que Jakobs menciona sobre direitos humanos é inegável: onde as normas de direitos humanos não oferecem orientação real, trata-se de estabelecer, e não manter, a vigência dessas normas, de modo que, para tanto, não se pode conceber antes de tal estabelecimento que se esteja diante de cidadãos. Num estado pré-jurídico não há ainda cidadãos, de maneira que estará “permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil”, ou uma ordem baseada nos direitos humanos, “adquiera carácter real, y esta autorización amplia es utilizada en la *praxis*, empezando por hacer la guerra”.

Na ausência de expectativa normativa em relação a um indivíduo, será preciso a violência do direito para seu estabelecimento – o que, segundo Jakobs, produzirá suficiente apoio ou orientação cognitiva e possibilitará a correlata expectativa normativa – pois “ya no se espera el *cumplimiento* del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación; es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la ‘base del negocio jurídico’ de la libre autoadministración” (2006c, p. 82).

Em face do inimigo, portanto, não se espera o cumprimento do dever, de modo que lhe é retirado “o elemento central da personalidade”, isto é, a presunção de que cumpra o ordenamento jurídico. Isso significa que o ser humano que perde ou não adquire a roupagem de pessoa no sentido jurídico, perde não só a expectativa (que sobre ele seria depositada) de que cumpra seus deveres, mas também e sobretudo perde a atribuição dos direitos que lhe caberiam se desempenhasse o papel ou a função sistêmica correspondente para a manutenção da sociedade.

Ao homem que perde ou sequer adquire o *status* de pessoa lhe resta o que Agamben denomina de vida nua: é como se a esse homem sua vida (jurídica, como se queira) lhe excedesse, pois a possibilidade de ser morto já é uma espécie de tendência em ato do soberano, que lhe *abandona*, lhe expõe à morte sem mais, lhe coloca fora da esfera da cidadania. Esse homem representa o *homo sacer*, cuja vida é aniquilável e sua matança não é passível de punição – o *homo sacer* é excluído do *bando* social; em termos funcionalistas: o *indivíduo* não desempenha função alguma no funcionamento do sistema jurídico-social, pois dele não se espera que cumpra o que lhe compete, isto é, que cumpra o ordenamento jurídico.

7.3. É curioso que Jakobs afirme, em comparação com sua própria tese, que “en la filosofía del Derecho penal de la época de la Ilustración predominaba un punto de vista distinto; se argumentaba que el delincuente se desvincula a través de su hecho del contrato social, produciéndose una regresión al estado de naturaleza” (2006c, p. 103). E então cita Leibniz: “Qui sciens nocet sine necessitate in eum est jus belli’..., y este *jus belli*, si bien conoce un límite, sólo después de la victoria: ‘Pugna suum finem cum jacet hostis habet’.” (*ibid.*).

Ora, sua tese apenas se distingue da filosofia jurídica iluminista⁹⁸ porque nem todo delinquente perde seu *status* de cidadão (ou, em termos também iluministas, o delinquente se desliga do contrato social), mas somente aquele que é reconhecido como inimigo. Quanto ao *ius belli* contra o inimigo e a ausência de limites, em nada difere. Tanto as formulações iluministas, citadas por Jakobs, quanto as deste são variantes da mesma matriz que produz o

⁹⁸ Jakobs citará também Kant e Fichte cujas noções seriam similares: o delinquente perde seu *status* de cidadão.

direito. Para o seu estabelecimento (ou, como diz Benjamin, para sua instituição) não há limites, os quais apenas se configuram após a vitória da guerra e são postulados pelo vencedor, isto é, pelo soberano. Estabelecido através da violência, o direito oferece a orientação cognitiva para que, então, as expectativas normativas sejam reais (e se forem defraudadas, a pena criminal atuará como dispositivo contrafático para a manutenção da vigência da norma).

Tanto os direitos humanos, em locais cujos povos ou parte deles não os respeitam, quanto o direito penal do inimigo pertencem à dimensão que pressupõe o estabelecimento do direito (a distinção territorial interno/externo é irrelevante para que se vislumbre uma distinção entre direito penal do inimigo e imposição dos direitos humanos na forma do pensamento de Jakobs). Essa dimensão é a dimensão da exceção. Tanto num caso como no outro, se esse dispositivo pode funcionar, como diz Foucault, “é porque os inimigos que se trata de suprimir não são os adversários no sentido político do termo; são os perigos, externos ou internos, em relação à população e para a população” (1999, p. 305-306).

Em ambos os casos, em que a distinção territorial interno-externo é secundária, trata-se mais que uma luta política, trata-se sobretudo do funcionamento do dispositivo biopolítico, isto é, da própria politização da vida nua a partir da sua exclusão-inclusiva. Excluindo faticamente o indivíduo que não se orienta pelos direitos humanos ou o inimigo interno, dá-se sua inclusão virtual no interior do sistema social de cidadãos, o que permite a estabilização e a conservação sistêmica sócio-normativa. Exclusão fática e inclusão virtual: o que traduz propriamente o paradoxo da soberania. A relação é de bando em que o indivíduo é posto fora da comunidade ao tempo mesmo em que a expressão de sentido de sua exclusão é incluída como função no sistema e visa operar a integração das pessoas.

7.4. Não é de surpreender que esse mecanismo opere similarmente ao da prevenção geral positiva, chamada também de prevenção de integração, cuja finalidade é o reforço da fidelidade jurídica da comunidade (Para Jakobs, aliás, em ambos “hay que compensar um déficit de seguridad cognitiva” [2006a, p. 112]).

Do mesmo modo que o poder disciplinar e o biopoder não são auto-excludentes, mas sim se superpõem, isto é, são solidários e complementares, na esfera jurídico-penal, por sua vez, parece haver uma íntima solidariedade entre o discurso punitivo de ressocialização do criminoso – baseado no modelo clínico de cura através do adestramento e da docilização – e o discurso punitivo de prevenção geral positiva.

O modelo clínico-terapêutico, no limite, leva à psiquiatrização despersonalizante e neutralizadora do delinqüente, e podemos utilizar a imagem do *hospital* como representativa desse modelo. O modelo preventivo-integrador, por outro lado, no limite, leva à exclusão dos não-integráveis ao sistema social, e temos então a imagem do *campo* de concentração para representá-lo (Segundo Agamben, o “totalitarismo moderno pode ser definido [...] como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não somente dos adversários políticos, mas de inteiras categorias de cidadãos que por qualquer razão pareçam não integráveis ao sistema político” [2003, p. 11]). Hospitalidade no primeiro caso, hostilidade no segundo.⁹⁹

7.5. Jakobs procurará defender que a denominação “direito penal do inimigo” não se relaciona com o conceito de inimigo que Carl Schmitt formula em seu *Der Begriff des Politischen* (O conceito de político), de 1927¹⁰⁰. Para Schmitt, inimigo seria um adversário existencial – o “outro” enquanto *hostis* – e não propriamente um delinqüente. E apenas numa situação de guerra civil se teria a oposição que Schmitt descreve, segundo Jakobs. Por sua vez, no direito penal do inimigo, o inimigo é um criminoso em relação ao qual se deve supor sua periculosidade permanente – a que Jakobs distingue como *inimicus*: “No es

⁹⁹ O próprio Jakobs menciona que “también muchos elementos de la prevención especial son más cercanas al Derecho penal del enemigo de lo que habitualmente suele leerse”, como ademais que, para garantir a proteção diante de um inimigo, isso se fará ou “bien mediante una custodia de seguridad identificada como tal, [o] bien mediante... una pena privativa de libertad correspondientemente extensa” (2006a, p. 112)

¹⁰⁰ Aliás, conforme Wolfgang Kaleck, que vincula as teses de Jakobs ao pensamento de Carl Schmitt, “no sólo el significado central del concepto *enemigo* conduce a Schmitt. Más bien Jakobs pone ya, em 1985, um rastro prácticamente imposible de pasar por alto que conduce al polémico teórico de Derecho del Estado, al considerar que el Derecho penal del enemigo únicamente resulta legítimable ‘como estado de necesidad vigente de manera excepcional’ para luego, en obras posteriores, revalorizar esa excepción para convertirla en la regla general en lo que respecta al tratamiento de enemigos y equiparar el Derecho penal del enemigo a la guerra” (in Cancio Meliá e Feijoo Sánchez, 2006, p. 128).

outro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del *hostis* de Schmitt” (2006a, p. 109).

Para Jakobs, seu *inimicus* teria a obrigação de se comportar como um igual, como um cidadão que cumpre a lei. (O curioso é que o inimigo também é um animal, uma máquina, um “outro” que não é algo mais que um cálculo estratégico)¹⁰¹.

A oposição que Jakobs faz entre *hostis* (que atribui ao inimigo schmittiano) e *inimicus* (que vê como “el enemigo del Derecho penal del enemigo, [2006a, p.109]) é sintomática.

Nas instituições latinas, a distinção entre *hostis* e *inimicus* estaria, aparentemente, no fato de que o primeiro vocábulo se referiria ao estrangeiro como inimigo público do país, enquanto que o segundo, ao inimigo particular ou interno. De um lado, o estrangeiro ou estranho como o “outro”, mencionado por Schmitt, e, de outro, o delinqüente como inimigo interno, segundo Jakobs. Essa simplista oposição binária esconde, porém, uma íntima relação de contigüidade entre *hostis* e *inimicus*, de que é testemunha o léxico institucional indo-europeu.

Émile Benveniste, em seu *Vocabulário das instituições indo-européias*, traçou o que se poderia chamar de um percurso institucional da hospitalidade¹⁰². Em latim, ‘hóspede’ se diz *hostis* (mais arcaico) ou *hospes* cuja raiz-morfema originária seria **hosti-pet-s*¹⁰³. A noção arcaica

¹⁰¹ Na verdade, “mais originária que a oposição schmittiana entre amigo e inimigo, entre concidadão e estrangeiro” (Agamben, 2004, p. 116), assim como mais originária que a oposição jakobsiana entre pessoa e indivíduo ou cidadão e inimigo, é aquela que, abrangendo-as, opõe e ao mesmo tempo confunde seus termos – portanto, não a partir de uma simples relação de oposição mas – naquela complexa relação de bando que liga o soberano e o *homo sacer*. Schmitt, no seu primeiro trabalho, dedicado então ao conceito jurídico de culpa, definiu-a como uma autêntica “má vontade” (*bösen Willen*) consistente no “posicionamento consciente de fins contrários àqueles do ordenamento jurídico” (Agamben, 2004, p. 35). É curioso, portanto, que Jakobs procure distinguir suas concepções daquelas schmittianas, pois a “atitude contrária ao direito” sugere apenas uma troca de palavras.

¹⁰² Segundo Benveniste, o “termo instituição deve ser aqui entendido em acepção ampla: não apenas as instituições clássicas do direito, do governo, da religião, mas também aquelas, menos aparentes, que se desenham nas técnicas, nos modos de vida, nas relações sociais, nos processos de fala e de pensamento” (1995, p. 9). Evidentemente, as alterações e os deslocamentos morfológicos e semânticos são reflexos das mudanças e transformações, mas também das permanências, nas instituições humanas, nos modos de ser e viver, nos costumes – em suma: reflexos e expressões de um *ethos*.

¹⁰³ O asterisco indica que o radical não é atestado, mas sim uma raiz hipotética estabelecida por regras de correspondência que permitem restituir uma forma comum originária.

representada por *hostis* é a da igualdade por compensação, de modo que é *hostis* quem compensa minha dádiva com outra dádiva. Daí deriva a equivalência entre *hostire* e *aequare* ('igualar', 'compensar') atestada por Festo: *eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare* ("Chamavam-lhes *hostes* porque tinham *igual direito* ao do povo romano, e dizia-se *hostire* para *aequare*." [Benveniste, 1995, p. 92]).

Era *hostis* aquele que tinha direito igual ao dos romanos (*quod erant pari iure cum populo Romano*) e, assim, "à diferença do *peregrinus* que habita fora dos limites do território, *hostis* é 'o estrangeiro, enquanto lhe são reconhecidos direitos iguais aos dos cidadãos romanos'. ...

Esse reconhecimento de direitos implica uma certa relação de reciprocidade, supõe uma convenção: não se chama *hostis* a qualquer indivíduo que não seja romano. Há um vínculo estabelecido de igualdade e de reciprocidade entre *este* estrangeiro e o cidadão de Roma, o que pode conduzir à noção precisa de hospitalidade. Partindo dessa representação, *hostis* significará 'aquele que está em relação de compensação', o que é o fundamento mesmo da instituição de hospitalidade.

Por razões pouco conhecidas, *hostis* passou a designar, porém, o 'hostil' — adquirindo a acepção de inimigo, e de maneira exclusiva. Benveniste assinala que "a instituição tinha perdido sua força no mundo romano: ela supõe um tipo de relação que não era mais compatível com o regime estabelecido".

Quando a antiga sociedade se torna nação, as relações entre os homens, entre os clãs são abolidas: subsiste apenas a distinção do que é interno ou externo à *ciuitas*. Por uma mudança que não conhecemos em suas condições exatas, a palavra *hostis* assumiu uma acepção 'hostil', a partir daí aplicando-se apenas ao 'inimigo'. (*idem*, pp. 94-95)¹⁰⁴

¹⁰⁴ Um pouco adiante Benveniste complementa: "Dessa maneira, a história de *hostis* resume a transformação ocorrida nas instituições romanas. Da mesma forma, *xénos*, tão caracterizado como 'hóspede' em Homero, mais tarde se tornou simplesmente o 'estrangeiro', o não-nacional. (...). Mas *xénos* não chegou ao sentido de 'inimigo', como *hostis* em latim" (p. 95).

A idéia de troca está, por evidente, no âmago da atribuição de direitos iguais e recíprocos que liga o *hostis* ao povo romano, por isso que a pretendida oposição entre *hostis* e *inimicus*, formulada por Jakobs, não se sustenta. Seu *inimicus* é um verdadeiro e próprio *hostis* “que debería comportarse como un igual” tanto que precisamente “por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal” (2006a, p. 109). (Essa atribuição de culpabilidade jurídico-penal parece, à primeira vista, contradizer a separação que Jakobs faz entre cidadão e inimigo; mas, na verdade, ela é exemplar porque se confunde com aquele “estar-em-débito permanente” (*in culpa esse*) do inimigo, tendo em vista sua permanente ausência de relevância comunicativa (ou uma permanente atitude defeituosa)).

Aliás, igualmente significativa é a relação – não apenas formalmente etimológica mas, sobretudo, de fundo – que se pode estabelecer com um instituto ligado à *auctoritas* romana, cuja função específica era a suspensão do direito e a supressão do estatuto de cidadão: a declaração senatorial da *hostis iudicatio*. Como explica Agamben:

Em situações excepcionais, em que um cidadão romano ameaçasse, através de conspiração ou de traição, a segurança da república, ele podia ser declarado pelo senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente equiparado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienigena*, porque este era, porém, sempre protegido pelo *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); ele era, antes, radicalmente privado de todo estatuto jurídico e podia portanto ser, em qualquer momento, despojado de seus bens e exposto à morte. A ser suspenso pela *auctoritas* não é aqui simplesmente a ordem jurídica, mas o *ius civis*, o próprio estatuto do cidadão romano. (2003, pp. 102-103)

O paradigma do *hostis*, porém, ainda revela algo mais. Do mesmo modo que no mundo romano, encontramos uma tal instituição entre os gregos: a *xenia* (ξένια) que expressa a compensação de dádivas entre indivíduos que

manifestam o propósito de se vincular (e inclusive vincular seus descendentes) mediante tal pacto. Segundo Benveniste, “*xénos* (ξένος) indica relações do mesmo tipo entre homens ligados por um pacto que implica obrigações precisas, que se estendem também aos descendentes” (1995, p. 94).

A figura do *hostis* – como também a *xenía* grega – está, por assim dizer, inscrita no âmbito do direito ou do contrato, seja por uma relação de hospitalidade que convém, seja por uma relação de hostilidade que opõe. É por isso que Derrida – tendo sob seus olhos a obra de Benveniste – se valerá de um neologismo para mostrar tais relações: *hostipitalidade* (2003, p. 41).

Aliás, se *hostis*, na antiguidade, era aquele a quem eram atribuídos direitos iguais (*quod erant pari iure...*), não é difícil imaginar, na modernidade, o *hostis* como aquele sujeito (selecionado, dirá a Criminologia Crítica) a quem (supostamente) são dados os mesmos direitos que aos demais integrantes da população, mas que violará essa hospitaleira benevolência concedida pelo poder soberano (ou pelo povo romano, na antiguidade)¹⁰⁵: no direito penal moderno, inicialmente a neutralização como prevenção especial negativa e, a seguir, como direito penal do inimigo.

Em conclusão: a instituição humana da hospitalidade até hoje não se desvencilhou da figura paradoxal e ambivalente do *hostis* (ou *hospes*), um campo de forças no qual estão sempre em tensão a hospitalidade da convenção e a hostilidade da desavença — ambas, a cada vez, se atraindo e se repelindo, ambas se separando e se rearticulando a cada vez. No seu centro encontra-se um limiar vazio em que não é possível distinguir uma e outra. E talvez, hoje, mais do que nunca esse “ponto cego” não tenha feito mais que se alargar e se estender nas relações entre os homens.

¹⁰⁵ Segundo Jakobs, “es la propia sociedad la que decide quién está incluido en ella y quién no, y – dicho sea de paso – el enemigo probablemente por regla general preferiría quedar incluido” (2006a, p. 107).

8. Zona cinzenta

8.1. O trecho a seguir evidencia como é impossível precisar a distinção entre inimigo e pessoa, e a decisão que porventura a opere sempre será uma decisão soberana nos moldes do decisionismo schmittiano, vale dizer, uma pura violência instituidora do direito:

nadie confía a un notorio defraudador la tesorería, y nadie a un pedófilo notorio el cuidado de niños; pues la expectativa normativa de que la conducta será conforme a deber carece de cimentación cognitiva cuando es defraudada de modo repetido, es decir, notorio. Esto, sin embargo, no significa que estos autores hayan dejado de ser personas. Puede suceder, de hecho, que los autores, sólo *una vez o pocas veces*, incumplan un deber de aquellos entre los que componen el gigantesco haz de sus deberes, de manera que en conjunto aún pueda hallarse un *modus vivendi* soportable. (Jakobs, 2006a, p. 102)

Em termos coloquiais, por assim dizer, significa que a arbitrariedade (a rigor, não se poderia falar em arbitrariedade, pois o soberano está igualmente dentro e fora da lei) não tem limites, uma vez que a decisão sobre quem é inimigo e quem não o é fica ao arbítrio daquele que decide: o que é um *modus vivendi* suportável? Como se determina o grau de *notoriedade* (ou repetição) para que um pedófilo ou um ladrão seja ou não considerado pessoa? Cai-se sempre de novo no obscuro critério de “segurança cognitiva” ou segurança reconhecível, que sempre será um critério decisionista para separar os *socialmente reconhecidos* daqueles que não o são. E sobre isso basta consultar as obras de referência da Criminologia Crítica para constatá-lo a toda evidência.

8.2. Não é de admirar que Jakobs utilize precisamente Hobbes para corroborar sua tese. Segundo Jakobs, Hobbes diferencia entre o criminoso de alta traição e o delinqüente cidadão. Este último é julgado e punido conforme as leis estabelecidas, ao passo que o primeiro é combatido como inimigo. A razão dessa distinção é patente para Jakobs, pois o cidadão delinqüente ao buscar apenas uma vantagem particular não afronta o todo do ordenamento, enquanto que o autor de alta traição “combate el principio, y el principio en Hobbes queda corporizado en el dominio *concreto*” (2006a, p. 104). Conquanto Jakobs se valha da ressalva *mutatis mutandis*, o suporte no pensamento hobbesiano é explícito:

Ciertamente, no cabe esperar que los pensamientos de Hobbes, formulados hace más de trescientos cincuenta años, pudieran trasladarse a la actualidad en escala uno a uno, a pesar de que sigue siendo correcta la posición de que un adversario por principio debe ser tratado de modo distinto que un ciudadano con defectos más bien pasajeros, es decir, debe ser tratado precisamente como enemigo. Lo único es que hoy no debe entenderse por adversario de principio (sólo) un adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades. (*ibid.*)

E, como numa espécie de exortação a um *tour de force*, ele procura convencer seu leitor da possibilidade de distinguir o indiscernível: “Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible” (*ibid.*). Seu argumento repisa o mesmo solo. De um lado, o cidadão que apresenta um “*modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados” e, de outro, o inimigo que “orienta su vida de modo imputable y más o menos permanente con base en estructuras criminales”. Este, então, passa a não oferecer a presunção de comportamento conforme ao direito e, assim, um pressuposto de seu *status* de pessoa (*idem*, p. 104-105).

Na tentativa obstinada de alcançar a distinção cidadão-inimigo, Jakobs procurará explicá-la mediante outros binômios igualmente problemáticos –

além de serem meros ideais, conforme reconhece –, inclusive explicitando a oposição entre pena (dívida) e coação (garantia) ou, em suas palavras, indenização e asseguramento. Mas, além disso, uma significativa imagem crepuscular chama atenção:

La contraposición entre ‘indemnización *versus* aseguramiento’ o ‘vigencia de la norma *versus* orden cognitivo’ se propone en términos de tipo ideal, y la pretensión de identificar con precisión la transición de lo uno a lo otro sería sencillamente ingenua. ‘Claro’ y ‘oscuro’ siguen siendo conceptos unívocos aunque se pueda discutir a cuál de ellos ha de atribuirse un determinado estadio de crepúsculo.” (2006c, p. 84, nota 12)

A postura de Jakobs parece não perceber que o “estadio de crepúsculo” – seja ou não “en términos de tipo ideal” sua proposta – sempre estará presente na discussão, e esse estágio ou zona de indistinção, antes de ser uma derivação daquela separação (claro e escuro, dívida e garantia, vigência da norma e ordem cognitiva, inimigo e cidadão), é propriamente a base originária sobre a qual se funda a separação e não o inverso.

Sobre essa penumbra entre claro e escuro, que se assemelha a uma zona cinzenta, vale mencionar, por sua vez, a imagem que Primo Levi descreve em seu *Os afogados e os sobreviventes*:

É uma zona cinzenta, com contornos mal definidos, que ao mesmo tempo separa e une os campos dos senhores e dos escravos. Possui uma estrutura interna incrivelmente complicada e abriga em si o suficiente para confundir nossa necessidade de julgar. (2004, p. 36)

A respeito, Giorgio Agamben considera que a “descoberta inaudita que Levi realizou em Auschwitz se refere a uma matéria que resulta refratária a toda precisão de responsabilidade...”

Ele conseguiu isolar algo como um novo elemento ético. Levi o chama de “zona cinzenta” [*zona grigia*]. É aquela em que se rompe a “longa cadeia de conjunções entre vítima e algoz”,

onde o oprimido torna-se opressor e o algoz aparece, por sua vez, como vítima. Uma gris e incessante alquimia em que o bem e o mal e, com eles, todos os metais da ética tradicional alcançam o seu ponto de fusão.

Trata-se, pois, de uma zona de irresponsabilidade e de “*impotentia judicand*” (Levi 2, p. 45), que não se situa *além* do bem e do mal, mas está, por assim dizer, *aquém* [al di qua] deles. (1998, p. 18)

8.3. Diante da imprecisão do binômio inimigo-cidadão, e reconhecendo que essa oposição realmente situa-se numa “zona intermediária” – segundo suas palavras –, Jakobs impinge à própria legislação a causa por essa separação e põe-se então como mero exegeta da lei, como se fosse apenas um observador que descreve a realidade:

Con frecuencia se me reprocha que esta determinación del enemigo es más o menos imprecisa. La constatación es correcta, pero a título de reproche, se encuentra erróneamente formulada: el ‘ciudadano’ o el ‘Derecho penal del ciudadano’ y el ‘enemigo’ o ‘Derecho penal del enemigo’ son tipos ideales que no existen en la práctica en configuración pura. Lo práctico siempre está en la zona intermedia y lleva por ello el estigma de todos los tipos mixtos es decir, el de la imprecisión. De hecho, no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino que he intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate [*Bekämpfungsgesetzen*] y de otros preceptos. Y si entonces – por permanecer en la imagen – se mezclan alcoholes puros con sustancias propias de un garrafón, ello se debe a la masa de destilación de la ley, no a quien destila.” (2006a, p. 105)

Contudo, é o próprio Jakobs que realizará uma equiparação entre “combate” (*Bekämpfung*), termo utilizado por várias leis penais alemãs atuais, “luta” (*Kampf*) e “guerra” (*Krieg*). No artigo *Terroristas como pessoas em Direito?*, Jakobs procurará responder se é possível conduzir uma “guerra

contra o terror” a partir dos instrumentos do direito penal de um Estado de Direito. Para tanto, enfatizará que na legislação alemã, já em 1986, fora promulgada uma lei de luta (*Bekämpfung*)¹⁰⁶ contra o terrorismo; e então sucessivas leis de combate à criminalidade em geral tiveram lugar.

Jakobs então pergunta se “guerra” e “luta” seriam apenas palavras que não se devem tomar demasiado a sério ou se, ao contrário, seriam conceitos, os quais implicariam a existência de um inimigo contra o qual se deve lutar (2006c, p. 77-78). A estratégia de Jakobs está em aproximar, num primeiro momento, combate e luta e luta e guerra enquanto termos. Só que, neste segundo caso, se detecta um salto lógico que o permitirá operar uma tal aproximação, para depois identificá-las enquanto conceitos e, então, conceitos que implicam a guerra contra um inimigo real e presente.

Vale destacar que o vocábulo *Kampf* desempenha um peculiar papel na história alemã pós-unificação. O próprio Jakobs fará referência em mais de um trabalho¹⁰⁷ a um acontecimento decorrente da *Kulturkampf* (“luta cultural”) – conflito político em fins do séc. XIX entre o Estado alemão recém-unificado (1871) e a Igreja Católica, que envolvera questões ligadas à secularização das instituições sociais – em que um estrangeiro belga (chamado Duchesne) se oferecera às autoridades eclesiásticas para assassinar o chanceler do *Reich* Otto von Bismarck. Após tal acontecimento, se introduziu um preceito legal na legislação que passou a punir os atos preparatórios de um crime, até então impuníveis. Jakobs ainda destacará que esse preceito, devido à sua evidente leniência punitiva, apenas levava em conta o atentado à segurança pública pela ação meramente preparatória, mas não pela periculosidade que poderia ter a ação futura (que não passara do planejamento) de um inimigo. E em tom exclamativo dirá que apenas “en 1943 (!), el marco penal quedo vinculado al de los hechos planeados; así, el delito contra la seguridad pública se convirtió en un acto preparatorio punible, y esta modificación no se ha derogado hasta el día de hoy” (2006a, p.110).

¹⁰⁶ O tradutor do artigo para o castelhano, Manuel Cancio Meliá, verte *Bekämpfung* por “luta” em vez de “combate” (“Ley para la lucha contra el terrorismo”, *Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus*).

¹⁰⁷ 2006a, p 110, 2006c, p. 78, 2006, pp. 177-178.

É significativo que a mudança legislativa tenha se dado justamente em 1943, época em que a Alemanha vivia o auge da dominação nacional-socialista¹⁰⁸. Por outro lado, quanto à *Kulturkampf*, é relevante lembrar que, nessa época (fins do séc. XIX), justamente se constituíram “os primórdios do movimento anti-semita moderno”, segundo Hannah Arendt, os quais “datam, em toda parte, do último terço do século XIX. Na Alemanha começou de modo inesperado, novamente entre a nobreza [católica], cuja oposição ao Estado foi de novo provocada pela transformação da monarquia prussiana num Estado-nação completado depois de 1871” (1989, p. 55).

A tentativa de vislumbrar, em alguma medida, um liame que poderíamos chamar de “ideológico”, a partir apenas da presença ou não do termo *Kampf*, entre *Kulturkampf*, o *Mein Kampf*, de Hitler, e o que vemos hoje como um *Kampf gegen Feinde* (luta contra inimigos) é evidentemente precário, temerário e leviano. Mas esse suposto liame serve, em alguma medida, para mostrar que se não salta aos olhos que Jakobs, sem argumentos quaisquer a respeito, vislumbre na expressão “combate” (*Bekämpfung*) uma “luta” (*Kampf*) e, daí, opere um salto para o conceito de “guerra” (*Krieg*), então aquele pretense liame também não deve surpreender:

la ‘lucha’ contra el terrorismo no es sólo una palabra, sino un concepto; se trata de una empresa contra enemigos. (2006c, p. 86).

[Sendo um conceito,] entonces, ‘guerra’ y ‘lucha’ implican la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder (*idem*, p. 78)

quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los conceptos ‘guerra’ y ‘proceso penal’. (2006, pp. 179-180).

¹⁰⁸ Como menciona Roxin, “en aquel momento se aspiraba más bien a una renovación del Derecho penal en el espíritu del Estado autoritario” e “la mayoría de los cambios del Derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente” (2003, p. 120).

O sumamente problemático aqui é justo essa “claridad”, como vimos. Contudo, afora a questionável “exegese” ou “descrição” de Jakobs, é urgente perceber que, hoje, aquela zona cinzenta ou intermediária parece cada vez mais se ampliar sobre a vida da sociedade, isto é, sobre a comunidade de cidadãos. E a pretensão de distinguir duas zonas claramente distintas, uma de cidadãos e outra de inimigos, colapsa no ponto em que a decisão sobre a vida (proteger os cidadãos) se confunde com a decisão sobre a morte (eliminar os inimigos), assim como colapsa a própria distinção entre o soberano e o jurista, o executor e o observador, o poder soberano e o saber penal:

Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote. (2004, p. 128)

8.4. O próprio Jakobs coloca em questão se pode ser lícito tratar um criminoso, não como pessoa, mas enquanto inimigo, e responde positivamente em termos que evidenciam aquela vigência sem significado (ou sem aplicação) da lei ou mera forma de lei, à qual corresponderá invariavelmente uma pura força de lei:

Qué pasa con la proposición mencionada al principio de que todos tienen en todo momento derecho a ser tratados como personas? La proposición está en vigor, pero lo que pasa es que no puede aplicar de modo unilateral, como antes se ha supuesto... (2006a, p. 105)

Isso porque compete a cada cidadão, como “obligación de hacer elemental”, fundamentar a presunção de que seu comportamento futuro será

conforme a lei; e só assim será possível “un trato libre y sin temor”: “quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que debe hacer *su* parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico”, pois uma personalidade efetiva, e que ofereça orientação, não se alcança com meros postulados (*idem*, p. 106). Assim, Jakobs insere o que a princípio seria uma simples exceção à regra de que todos têm direito a ser tratados como pessoas:

Por consiguiente, la proposición debe ser completada: todo aquel *que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico* tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se lo priva de derechos. [...]. En la medida en que se lo prive de derechos no es tratado – por definición – como persona en Derecho. Éste es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio. (*ibid.*)

Mas essa *exceptio*, observando bem, tornou-se ela própria a regra. Desse modo, não havendo como determinar na prática (“Lo práctico siempre está en la zona intermedia”) o que seja uma confiável promessa ou uma garantia suficiente de fidelidade ao ordenamento jurídico, todo cidadão passa a ser um potencial inimigo. Os “tipos ideales que no existen en la práctica en configuración pura” constituem aquela “zona intermedia”. Nos termos de Agamben, uma zona de indistinção em que os tipos ideais, inimigo e cidadão, exceção e regra, tornam-se indiscerníveis; ou, na imagem de Levi, uma zona cinzenta em que oprimido e opressor se confundem, em que a necessidade de julgar se mostra inteiramente como *impotentia iudicandi*.

8.5. Enfim, cumpre ainda dizer que, se, para alguns, realizar um diagnóstico acerca do chamado direito penal do inimigo signifique “al mismo tiempo reclamar, aunque sea en outro plano metodológico, que las medidas represivas que contienen esos sectores de regulación de ‘Derecho penal’ del enemigo sean trasladadas al sector que en Derecho corresponde, y con ello, también al ámbito de discusión política correcto: a las medidas en *estado de*

excepción” (Cancio Meliá)¹⁰⁹, então o que se perde de vista é justamente a advertência de que o estado de exceção, através de seus variados e multiformes dispositivos, está a se instalar como a regra. Ou seja: precisamente o que escapa à visão é que não se trata de planos metodológicos distintos, mas variantes de um e mesmo plano — o do *jurídico*.

E, não obstante seja propugnado por alguns que um direito como o do inimigo deva ser restrito a um contexto de emergência, “os Estados, ao contrário” – consoante assinala Silva Sánchez (2002, p. 151) –, “vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que [Sergio] *Moccia* criticara com agudeza, da *perenne emergenza*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos ‘inimigos’ tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer”.

E, assim, a zona de indiscernibilidade entre regra e exceção, entre *homo sacer* e cidadão, vida nua e *bíos politikós*, tende a se instalar num verdadeiro estado de exceção como regra. Para o filósofo italiano, “o totalitarismo moderno pode ser definido (...) como...”

a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão mostrem-se não integráveis ao sistema político. A partir de então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles ditos democráticos. (2003, p. 11)

¹⁰⁹ *Prólogo* a Jakobs, 2005, p. 9.

A pretexto de conclusão

El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.

Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

Günther Jakobs

Procuremos passar em revista compilando as conclusões ainda muito provisórias, implícitas e explícitas, que progressivamente vieram à tona ao longo das análises que se seguiram:

1. Jakobs considera o crime em geral um ataque à identidade social, ou seja, pressupõe coesão mais ou menos homogênea de um povo, refletida nas normas, inclusive nas jurídicas, o que justifica a existência e legitima a reação do sistema penal. Então teremos, de um lado, o cidadão/pessoa que, episodicamente, comete crime e deve, pelo específico fato de seu caráter episódico, receber uma pena, a qual confirmará a identidade social anulando a contradição gerada pelo crime. De outro, o inimigo/indivíduo cujos crimes não são vistos como episódicos, eventuais, mas sim como expressão de uma resoluta e permanente atitude interna de hostilidade contra a identidade social, assegurada pelo sistema jurídico dentre os quais está o sistema jurídico-penal; de modo que a reação jurídico-penal não será então a pena no seu sentido estrito – destinada apenas ao cidadão/pessoa -, mas a pura reação estatal para a neutralização de um perigo, corporificado na figura do inimigo.

2. A tentativa de Jakobs de isolar e delimitar um direito penal do inimigo à parte, separado do direito penal (normal) do cidadão mas ao mesmo tempo “regrado” pelo próprio direito (Jakobs falará também em “guerra refreada” [2005, p. 41]) é índice – ainda que inconsciente – da tentativa de inscrever a exceção e a anomia no próprio *corpus* do ordenamento jurídico. Não por outra razão Jakobs dirá, na sua preleção de 1999, que o “derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho”. Posteriormente, explicitará que é um direito para proteção e segurança (*Sicherheit*) dos cidadãos, é um direito para os cidadãos não para o inimigo.

O que parece ser, inicialmente, uma pretensão de separar com clareza (e apresentar a justeza dessa separação) o cidadão do inimigo e os “direitos” que lhes correspondem, apenas em parte significa expurgar do direito penal do cidadão aquelas regras de direito penal do inimigo (ou, o que é o mesmo, alcançar um expurgo do inimigo do seio da cidadania), pois mesmo na sua clara delimitação, aquele – o inimigo e seu *ius* só na aparência *sui generis* – está implicado no direito do cidadão como momento estrutural e em todos os sentidos fundamental. Não por acaso o direito penal do inimigo figurará em *Pena estatal*, ainda que aparentemente de forma implícita, como o outro lado da mesma moeda, a face reversa e oculta do direito penal que começa sair à luz.

Isso apenas confirma aquilo que Agamben diz sobre a estrutura topológica do direito, isto é, que o vínculo entre localização e ordenamento “já contém [...] desde sempre em seu interior a própria ruptura virtual na forma de uma ‘suspensão do todo’” (2004, p. 43).

3. Não há, em última instância, como mensurar – melhor dizendo, é indecidível – o grau de segurança cognitiva para separar quem é cidadão e quem é inimigo.

4. Jakobs, embora pretenda ou acredite, não escapa à tradição cartesiana ou “moderna” de um sujeito com faculdades sensíveis e intelectuais – o que ele chama de “consciência individual” –, pois justamente no momento decisivo – isto é, quando separa o inimigo do cidadão – lança mão da noção de “atitude interna” de violar a norma, seja de modo eventual, episódico (no caso do cidadão), seja de modo “permanente” e “seriamente” (no caso do inimigo). Esta quarta conclusão está contida na acima, pois se procura decidir sobre um indecível, isto é, separar de um lado a consciência individual ou atitude permanentemente defeituosa – uma espécie de *bösen Willen* de Schmitt ou de “hostilidade ao direito” de Mezger¹¹⁰ – e, de outro, a atitude eventualmente defeituosa. O que se vê é uma radical normatização da consciência individual, o que permite eximir-se da perscrutação casuística do subjetivo, estabelecendo-se uma antecipada tarifação das atitudes internas refletidas no comportamento: uma atitude inimiga e uma cidadã.

5. De igual modo, a pretensão de não conceber a sociedade como um sistema composto por “sujeitos que concluyen contratos” (1996, p. 15) não é alcançada, já que ele utiliza precisamente as categorias fundamentais que constituem o que se entende por contratualismo e filosofia iluminista: estado de natureza ou estado pré-jurídico, rescisão geral (2006c, p. 81), atitude interna, negócio jurídico.

Ao diferenciar sistemas sociais e sistemas psíquicos, Jakobs procura opor consciência individual (sujeito) e comunicação (linguagem) (1996, p. 16).

Curiosamente, porém, justo autores como Hobbes e Kant, assim como Fichte, Rousseau, Locke, Hegel¹¹¹ – adeptos, cada um a sua maneira, do contrato social¹¹² e baluartes do que se convencionou considerar, na história do pensamento ocidental, como “modernidade”, cuja maior expressão talvez seja a idéia de “sujeito” dotado de “razão” e “liberdade de vontade” para escolher

¹¹⁰ Cf. Welzel, 2002, p.190.

¹¹¹ “La formulación clásica de Hegel, ‘El mandato del Derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas’ es perfectamente compatible con una perspectiva funcional” (1996, p. 39).

¹¹² Aqui é preciso excepcionar Hegel, por sua particular concepção de Estado, ligada não ao livre-arbítrio – que ele admite concernente aos cidadãos nas suas relações entre si – mas ao Espírito no seu processo de reconhecimento e aprimoramento para tornar-se o Absoluto.

entre o certo e o errado, livre para negociar e pactuar, dentre o que estaria o maior dos pactos: o social – são solicitados por Jakobs para compor o pelotão de choque filosófico na “luta” teórica contra os indivíduos (*rectius*: inimigos) que não oferecem garantias cognitivas de que se comportarão conforme as regras da sociedade, ou seja, de antemão esses indivíduos dão mostras de que frustrarão as expectativas normativas da sociedade de cidadãos. Qual a diferença entre um indivíduo não apresentar garantia cognitiva de satisfação de expectativas normativas da sociedade e um indivíduo não concordar com o (suposto) acordo coletivo (ou seja, entre sujeitos racionais e uniformes) em que uma parte da liberdade é limitada em prol da fruição do que dela remanesce?

Como diz Javier Torres Nafarrate, proeminente discípulo de Luhmann, “querer explicar a sociedade como acordos entre indivíduos (seja como for que estes se expliquem) levaria ao pressuposto (altamente discutível) da simetria dos estados subjetivos”¹¹³. Se Jakobs recusa a perspectiva da consciência individual (“como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar”¹¹⁴), por que lançar mão dos marcos do pensamento moderno que têm o sujeito e o contrato social como fundamentos teóricos, utilizando-os para justamente caracterizar a figura do inimigo?

6. Os conceitos de direito penal do inimigo e direito penal do cidadão não são descrições ou critérios externos de interpretação de (ainda que ajustáveis a) decisões políticas: eles são, sobretudo, como tais, imediatamente políticos (aliás, biopolíticos). Ao considerar que o direito penal do inimigo é o direito dos cidadãos à segurança, Jakobs não faz mais do que revelar a toda evidência o caráter biopolítico e ambíguo do inimigo no direito penal, cuja vida converge para aquela vida nua capturada e excluída na relação de exceção, ou melhor, na relação de bando: como tutela da população, a biopolítica inclui em si a tanatopolítica destinada ao inimigo.

¹¹³ In Luhmann, 2009, p. 18.

¹¹⁴ 1996, 15.

7. O inimigo no direito penal não se situa nem dentro nem fora do ordenamento jurídico normal, mas sim naquela zona indiscernível entre norma e exceção, onde fato e direito se indeterminam. Por isso, nem a tentativa de Cancio Meliá (de situar o direito penal do inimigo no que chama de seu “âmbito próprio: as medidas no estado de exceção”), tampouco a de Jakobs (de separar com clareza o inimigo do cidadão e as “normas” que lhes concernem) são capazes de resolver o problema da indecidibilidade entre cidadão e inimigo, a qual, em última instância, diz respeito à própria aporia fundante do direito de que fala Walter Benjamin.

O mecanismo da exceção realiza sua operação através da inclusão da figura do inimigo no sistema normativo; e essa inclusão se dá mediante um dado cognitivo ou, nas palavras de Jakobs, mediante “el lado cognitivo de la conducta personal” (2006, p. 168), ao se “*reconhecer*” na conduta do inimigo (por uma inclinação supostamente “*cognoscível*”, por exemplo, a famigerada tendência desviante) um sintoma ou, em termos funcionalistas, uma expressão de sentido da convicção de violar o ordenamento jurídico de forma contumaz. E a inclusão sistêmica do *individuo* só é operada a partir da exclusão real do *inimigo*.

A passagem do *autor* (de um fato punível), enquanto pessoa em direito, para a figura do inimigo se dá porque o lado cognitivo da conduta pessoal, fundamental para a orientação normativa, segundo Jakobs, decaíra de modo mais ou menos claro. Desse modo, se o autor deixa de ser autor – em outras palavras, deixa de ser pessoa em termos jurídicos –, trata-se agora não mais de reparar uma dívida por meio da pena criminal: “se trata del aseguramiento de una fuente de peligro, como en relación con un animal salvaje, pero no del trato con una persona” (2006, p. 168-169).

Jakobs dirá – e solicitará Kant para tanto – que “todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal” (2005, p. 25). Por isso a sanção penal parece ser o ponto mais próximo da zona de indistinção entre violência que mantém e violência que institui o direito (Benjamin); por isso a necessidade de analisar a tensão sobre esse ponto e a direção que essa tensão pode tomar no campo de forças que constitui o jurídico. Não por acaso Jakobs afirmará que entre o

direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão “la parte intermedia de los conceptos... [es] la *pena*” (*idem*, p. 20).

8. Uma filosofia da história que permita remontar ao passado de um modo tal que a memória da exclusão seja desobstruída e alcançada naquelas suas possibilidades de sentido até então silenciadas e sufocadas – como a rememoração da exclusão originária, aquela do *homo sacer*, capturada no bando soberano, através da qual se formou a dimensão política –, isto é, em alguma medida aquilo que Giorgio Agamben denominará de “arqueologia filosófica”, parece ser uma via através da qual¹¹⁵ se possa visualizar um “futuro anterior” e, assim, iluminar o nosso presente.

9. Quando encontramos fórmulas aparentemente simples que supostamente permitem dividir o conjunto de indivíduos em cidadãos e inimigos ou pessoas e não-pessoas – qualquer que seja o nível de abstração e o sentido que se queira dar a esses termos –, o grau de ingenuidade, se é que de ingenuidade se trata, é imperdoável. Aliás, abstrações como a da ausência de comunicação sistêmica atribuída ao inimigo – por ser incompetente, isto é, porque seus atos nada comunicam, baseada numa separação entre sentido e natureza – mostram bem que toda abstração tem sua história justamente na linguagem (em sentido diacrônico e sincrônico simultaneamente) e dela sempre é arrancada e trazida (*abs-trahere*), assim como nenhum termo é propriamente neutro ou *existe por si*. (Aliás: “Se [...] a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras” [Agamben, 2003, p. 13])

De resto, o direito como um todo pode ser visto através da lente biopolítica e, nesse sentido, o dito de Savigny apostado na epígrafe de *Homo sacer* – de modo sutil – assume uma relevância que poderia passar despercebida: *Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen* [“O direito

¹¹⁵ “Caminho ou via através da qual” é uma forma de traduzir o termo grego *méthodos* (de *metá* ‘através’ e *hodós* ‘caminho’).

não tem existência por si, sua essência é muito mais a própria vida dos homens, considerada de um particular aspecto”].

10. Ainda é preciso chamar a atenção para um aspecto que talvez tenha ficado obscuro ao longo de todo o trabalho. Desde o início, a exposição (e a interpretação) do direito penal do inimigo se deu a título de *figura*, o direito penal do inimigo enquanto figura, e não propriamente como um conceito analítico ou uma teoria sistemática. É certo que na lógica aristotélica (*Organon*), as formas possíveis de silogismo são chamadas “figuras” (*Analíticos anteriores*, 4-6, 25b-29a). “Figura”, neste caso, é a tradução latina para o gr. *skhêma* (*Categorias*, 8, 10a); mas também traduz o gr. *eídon* (derivado de *eídos*, ‘forma’, ‘espécie’) a indicar uma imagem falsa ou fantasmagórica. Propriamente, o que queremos aqui reter é de algum modo a compreensão de figura naquela acepção latina que parece como que fundir as duas noções gregas: *fictio* ou *fictionis*. Mas, neste caso, ficção terá o sentido daquilo que, embora criação imaginada, produz efeitos concretos e reais – como o argumento fictício produz efeitos retóricos, mas também como toda criação humana é artificial.

Nesse sentido, se a figura do direito penal do inimigo apresenta-se, de um lado, como uma criação apenas teórica de um perspicaz professor alemão, de outro, essa figura também funciona e produz efeitos práticos. A possibilidade das coisas parece realmente estar no fato de poderem ser pensadas. Isso de maneira alguma quer dizer que se Günther Jakobs não houvesse formulado sua “descrição” do direito penal do inimigo estaríamos em melhor situação ou não haveria inimigo algum no direito penal. Não se trata de uma precedência da teoria ante a prática, nem o inverso; isso seria perder de vista a própria figura ou vê-la de modo estrábico.

O que precisa ser visto adequadamente é o alerta que Giorgio Agamben fez a respeito do direito e do poder soberano e como tal alerta diz respeito, inclusive, ao direito penal:

O que ocorreu e ainda está ocorrendo sob nossos olhos é que o espaço “juridicamente vazio” do estado de exceção (em que

a lei vigora na figura – ou seja, etimologicamente, na *ficção* – da sua dissolução, e no qual podia portanto acontecer tudo aquilo que o soberano julgava de fato necessário) 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. (2004, p. 44)

Violência e direito, estado de natureza e estado de direito, exceção e regra, inimigo e cidadão, convergem para um espaço no qual se tornam cada vez mais indiscerníveis. E quando a exceção tornar-se a regra, quando a lógica binária que informava a *ficção* e separava os pares se rompe, os termos passam a coincidir em indistinção absoluta.

11. Todo dispositivo que engendra a humanização do animal, isto é, a construção do *humano* – do cidadão, do *Homo sapiens*, do alemão ariano – implica também o processo de animalização do homem – do escravo, do bárbaro, do *Homo ferus*, do judeu (Hitler dirá que os judeus devem ser “exterminados como piolhos”). Esse é o sentido que podemos encontrar na frase de Agamben “a humanização integral do animal coincide com uma animalização integral do homem” (2002, p. 80).

Nessa perspectiva, aliás, é que pode ser lida também a sétima tese de Walter Benjamin sobre seu conceito de história, isto é, que todo documento de cultura implica, simultaneamente, um documento de barbárie.

Como, ademais, no sentido da animalização do homem em um regime totalitário, pode ser interpretada a fábula de George Orwell – e não apenas o lugar-comum de uma crítica ao stalinismo em que a igualdade comunista se revela uma farsa (como também a “comunicação entre iguais”, na formulação de Jakobs). Mais do que isso, a igualdade das personagens animais – que, não obstante, possuem também a característica humana da linguagem-razão – desvela um mecanismo que incessantemente a fratura e a rearticula, diferenciando a cada vez os mais iguais, em direção a uma pureza de tipo escatológico, onde, no limite extremo, o fim da jornada coincide com a destruição do próprio elemento isonômico (ou identitário de uma categoria) e

daqueles que o buscavam; ao invés do milagre, o que se alcança, em última instância, é a catástrofe.

A razão por que a questão do homem foi colocada – em sua especificidade de ser vivo e em relação aos outros seres vivos – deve ser buscada no novo modo de relações entre a história e a vida: que a situa fora da história como suas imediações biológicas e, ao mesmo tempo, dentro da historicidade humana, infiltrada por suas técnicas de saber e de poder.

Foucault

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1995 (tradução brasileira: *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004).

_____. *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone (Homo sacer III)*. Torino: Bollati Boringhieri editore, 1998 (Temi; 80).

_____. *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*. Torino: Bollati Boringhieri editore, 2003 (Temi; 130).

_____. *L'aperto. L'uomo e l'animale*. Torino: Bollati Boringhieri editore, 2002.

_____. *La potenza del pensiero. Saggi e conferenze*. Vicenza: Neri Pozza, 2005.

_____. *Experimentum linguae*. In *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2005b.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 51, 2004.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *A condição humana*. 6 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letra, 1993.

_____. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. *The complete works of Aristotle*. v. 2. Princeton: Princeton University Press, 1995. (Bollingen series; 71:2)

_____. *Organon: III. Analíticos Anteriores*. Trad. Pinharanda Gomes. 2. ed. Lisboa: Guimarães, 1986. (Coleção Filosofia & Ensaio)

_____. *Política*. Trad. Manuela García Valdés. Madrid: Gredos, 1999. (Biblioteca clásica gredos; 116)

_____. *La politique*. Trad. J. Tricot. Paris: J. Vrin, 1989.

_____. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

_____. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Tratados de lógica (Órganon)*. v. II. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988. (Biblioteca clásica gredos; 115)

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

- _____. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.
- BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos* (org. Willi Bolle). São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986.
- _____. *A modernidade dos modernos*. Trad. vv.aa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.
- _____. *Gesammelte Schriften*. ed. de Rolf Tiedemann e Hermann Schweppenhäuser, com a colaboração de Theodor Wiesengrund Adorno e Gershom Scholem. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972-1989. v. I, 2, e v. VII.
- _____. *Magia e técnica, arte e política*. Trad. de Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994 (Obras escolhidas; v. 1).
- BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*. v. 1. Trad. Denise Bottmann. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.
- _____. *Il vocabulário delle istituzioni indoeuropee*. v. 2. Potere, diritto, religione. (a cura di Mariantonia Liborio). Einaudi: Torino, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006 (2 vols.).
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COSTA, Pietro. *O conhecimento do passado: dilemas e instrumentos da historiografia*. ed. bilíngue. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.
- COSTA Jr., Paulo José da. *Curso de direito penal*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente: 1300-1800, uma cidade sitiada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. Trad. Antonio Romane. São Paulo: Escuta, 2003.
- _____. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moises. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção Tópicos).
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos IV. Estratégia, poder-saber*. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- _____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos)
- _____. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 1988.
- _____. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

- GAGNEBIN 1, Jeanne Marie. 'Walter Benjamin: memória, história e narrativa'. *Mente, Cérebro & Filosofia*. n. 7, ed. especial. São Paulo: Ediouro, Segmento-Duetto Editorial, s/d.
- GAGNEBIN 2, Jeanne Marie. 'O enigma do passado. Ricoeur e a justa memória'. *Mente, Cérebro & Filosofia*. n. 11, ed. especial. São Paulo: Ediouro, Segmento-Duetto Editorial, s/d.
- GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais*. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. n. 97, 1985, pp. 753 e ss.
- _____. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- _____. *La Pena Estatal: Significado e Finalidade*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 2006.
- _____. (2006a) *Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. In CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006 (v. 2).
- _____. (2006b) *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit*. In: HRRS – August/September 2006, Caderno 8-9, p. 289-303. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-8/index.php?s.=7>.
- _____. (2006c) *Terroristas como personas en Derecho?* In CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006 (v. 2).
- _____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- _____. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. J. Cuello Contreras y J. L. S. González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- _____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005 (Edición española: Cuadernos Civitas, 2003).
- _____. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004. In: HRRS – März 2004, Caderno 3, pp. 88-95. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>.
- _____. *Zur Theorie des Feindstrafrechts* (manuscrito).
- _____. *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1997.
- LACOUÉ-LABARTHE, Philippe, NANCY, Jean-Luc. *O mito nazista*. Trad. Márcio Seligman-Silva. São Paulo: Iluminuras, 2002.
- LEVI, Primo. *Os afogados e os sobreviventes*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2005 (ed. orig. 2001).
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

- LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARQUES, Frederico. *Curso de Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1954.
- MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2005, núm. 07-02, p. 02:2. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> . Acessado em 14/09/06).
- MATE, Reyes. *Medianoche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin "Sobre el concepto de historia"*. Madri: Trotta, 2006.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MERKEL, Reinhart. La filosofía, "convidado de piedra" en el debate del derecho penal?: Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos. In *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, pp. 181-212.
- MESTIERI, João. *Manual de direito penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich. Tentativa de autocrítica. *O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo*. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Edição bilíngüe. Trad. Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.
- PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n.º 47, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Trad. Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini et alli. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 (Coleção Del Rey Internacional; v. 2).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (Série as ciências criminais no século 21; v. 11).
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003. (Col. Pensamento Criminológico ; 7)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.