

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL DOUTORADO**

FERNANDO HENRIQUE DA SILVA HORITA

**A VIDA DESPROVIDA DE VALOR E O PODER SOBERANO: interlocuções entre
as análises do estado de exceção de Giorgio Agamben e o direito penal do
inimigo de Günther Jakobs**

São Leopoldo

2023

FERNANDO HENRIQUE DA SILVA HORITA

**A VIDA DESPROVIDA DE VALOR E O PODER SOBERANO: interlocuções entre
as análises do estado de exceção de Giorgio Agamben e o direito penal do
inimigo de Günther Jakobs**

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Filosofia, pelo Programa de Pós-
Graduação em Filosofia da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: Filosofia Social.

Orientador: Prof. Dr. Castor Marí Martin
Bartolomé Ruiz.

São Leopoldo

2023

H811v Horita, Fernando Henrique da Silva.
A vida desprovida de valor e o poder soberano :
interloquções entre as análises do estado de exceção de
Giorgio Agamben e o direito penal do inimigo de Günther
Jakobs / por Fernando Henrique da Silva Horita. – 2023.
124 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, São
Leopoldo, RS, 2023.

“Orientador: Dr. Castor Marí Martin Bartolomé Ruiz”.

1. Direito penal do inimigo. 2. Estado de exceção.
3. Vida nua. 4. Violência. I. Título.

CDU: 1:343.2.01

FERNANDO HENRIQUE DA SILVA HORITA

**A VIDA DESPROVIDA DE VALOR E O PODER SOBERANO: interlocuções entre
as análises do estado de exceção de Giorgio Agamben e o direito penal do
inimigo de Günther Jakobs**

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor, pelo
Programa de Pós-Graduação em Filosofia
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos
– UNISINOS.

Aprovado em (dia) (mês) (ano)

BANCA EXAMINADORA

André Luiz Olivier da Silva - UNISINOS

Castor Mari Martín Bartolomé Ruiz - UNISINOS

Daniel Arruda Nascimento - UFF

Márcia Rosane Junges - UNISINOS

Ricardo Pinha Alonso - UENP

Dedico essa tese ao meu filho Benício Horita
e à minha esposa Bruna Roberta da Silva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço fraternalmente àqueles que tive o prazer de conviver nesses tempos de Programa de Doutorado em Filosofia e de novos desafios:

- ao meu orientador, o Prof. Dr. Castor Marí Martin Bartolomé;
- aos professores e colegas do PPG Filosofia da Unisinos;
- aos meus queridos familiares, amigos e alunos.

“Quando o direito é suspenso da ordem na forma de exceção, a vida humana fica à mercê da vontade soberana de quem governa” (Castor Mari Martín Bartolomé Ruiz).

RESUMO

A presente tese pretende ser uma contribuição crítica para a teoria da soberania, e tem como proposta central identificar as tensas convergências existentes entre o pensamento de Giorgio Agamben e Günther Jakobs sobre a vida abandonada, com objetivo de lançar uma luz crítica sobre o poder soberano que continua a produzir vidas sem valor e abandonadas pelo direito. Embora esses pensadores tenham referenciais divergentes, podendo articular seus pensamentos em interesses distintos, eles comungam compreensões significantes sobre um ponto em comum: as estratégias utilizadas pelo direito para controle de vidas consideradas perigosas. Ambos os filósofos analisam uma possível relação da administração e controle da vida diante da sua relação com o poder soberano, possibilitando que o poder de opção sobre a vida de algum indivíduo possa ser posto à disposição do soberano. Como conclusão, a tese repousa no argumento de que o percurso das narrativas dos pensamentos dos dois filósofos contemporâneos, Giorgio Agamben e Günther Jakobs, é perpassada pelo entendimento de que a lógica do poder soberano moderno passa a incidir cada vez mais sobre a vida humana, sendo que a vida se encontra exposta à violência desse poder soberano, padecendo de um processo de dessubjetivação. O estado de exceção é, para Giorgio Agamben, o dispositivo jurídico político através do qual o poder soberano produz a vida nua como vida abandonada. Enquanto Günther Jakobs propõe a figura do inimigo como catalogação da vida perigosa, conferindo ao poder soberano a capacidade de despojar essa vida da cidadania plena relegando-a à condição de vida abandonada. Ambos posicionamentos convergem no ponto de que virtualmente todos têm a possibilidade de se ter uma vida desprovida de valor por uma decisão soberana. Contudo, Giorgio Agamben expõe uma análise crítica da exceção do poder soberano, enquanto Günther Jakobs defende a legitimidade desse poder para produzir nos inimigos umas vidas despojadas da cidadania plena e abandonadas pelo direito. Todo esforço na elaboração dessa tese foi moldado pela da teoria fundamentada, por meio do método bibliográfico e documental. Nesta tese almeja-se ampliar a compreensão crítica do poder soberano moderno que persiste, de modos multifacetados, na produção de vidas abandonadas como algo legítimo.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo; estado de exceção; vida nua.

ABSTRACT

The present thesis intends to be a critical contribution to the theory of sovereignty, and its central proposal is to identify the tense convergences between the thought of Giorgio Agamben and Günther Jakobs about the abandoned life, as in order to shed a critical light on the sovereign power that continues to produce worthless lives abandoned by law. Although these thinkers have divergent references, and can articulate their thoughts in different interests, they share significant understandings about one point in common: the strategies used by law to control lives considered dangerous. Both philosophers analyze a possible relationship of administration and control of life before its relationship with sovereign power, enabling the power of choice over the life of some individual can be made available to the sovereign. As a conclusion, the thesis rests on the argument that the course of the narratives of the thoughts of the two contemporary philosophers, Giorgio Agamben and Günther Jakobs, is pervaded by the understanding that the logic of modern sovereign power increasingly focuses on human life, life is exposed to the violence of this sovereign power, suffering from a process of subjectivation. The state of exception is, for Giorgio Agamben, the legal political device through which sovereign power produces naked life as abandoned life. While Günther Jakobs proposes the figure of the enemy as a cataloging of dangerous life, giving the sovereign power the ability to strip this life of full citizenship relegating it to the condition of abandoned life. Both positions converge on the point that virtually everyone has the possibility of having a life devoid of value by a sovereign decision. However, Giorgio Agamben presents a critical analysis of the sovereign power exception, while Günther Jakobs defends the legitimacy of this power to produce in the enemies a life stripped of full citizenship and abandoned by the law. Every effort in the elaboration of this thesis was shaped by the grounded theory, through the bibliographic and documentary method. This thesis aims to broaden the critical understanding of modern sovereign power that persists, in multifaceted ways, in the production of abandoned lives as something legitimate.

Keywords: Enemy criminal law; state of exception; bare life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – A PRODUÇÃO DA VIDA NUA NO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN	13
1.1 Designando a terminologia estado de exceção.....	14
1.2 Aproximações do estado de exceção com a violência	27
1.3 A vida nua e a decisão soberana sobre seu desvalor	34
1.4 Limiar.....	34
CAPÍTULO 2 – A PERDA DO STATUS DE PESSOA NO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS	43
2.1 A denúncia de Günther Jakobs.....	46
2.2 Fronteiras conceituais do direito penal do inimigo de Günther Jakobs	58
2.3 A perda do status de pessoa: condição humana reduzida à de inimigo.....	68
2.4 Limiar.....	68
CAPÍTULO 3 – INTERSECÇÕES CRÍTICAS ENTRE OS PENSAMENTOS DE GIORGIO AGAMBEN E DE GÜNTHER JAKOBS SOBRE A VIDA HUMANA	79
3.1 Introduzindo os pontos de intersecção.....	81
3.2 O soberano como sombra teórica de ambos os pensadores	92
3.3 Similaridades dos pensamentos na vida desprovida de valor.....	102
3.4 Limiar.....	102
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Existe um alinhamento evidente entre cumprir a legislação e praticar sua exceção. Muito embora as pessoas se considerem sujeitas de direitos, essas mesmas pessoas podem ter suas vidas distantes da proteção jurídica. Essa ótica, inclusive, pode ser encontrada numa postulação da vontade de uma autoridade que não deseja o cumprimento da técnica jurídica, usufruindo, assim, de alguma legislação em prol de certa proteção. Desse modo, nasce, então, a ideia de que não apenas em casos emergenciais existe a exceção, mas que ela se apresenta também de forma subjetiva, sendo realizada constantemente como se fosse normalizada no estado de direito.

Nesse sentido, se punições diferenciadas foram geradas sem o embasamento em lei, ou até mesmo, se houve a suspensão dos direitos e garantias fundamentais, reduzindo a humanidade dos indivíduos, o que parece é que reflexões como essas mostram o caminho de que o direito não desaparece integralmente, mas o que acontece é a sua suspensão. Sendo mais preciso, o paradigma político no interior do próprio estado democrático de direito, sob aparência de legalidade e legitimidade, condiz com a vida biológica que pode ser sacrificada, desprivilegiando-a do aparato jurídico por razões de entendimento de alguma autoridade.

Nesse diapasão, a vida abandonada pelo direito não é uma particularidade dispersa da realidade social, pelo oposto, a vida humana se localiza sob potencial ameaça, sendo que o soberano é quem tem o poder de antepor o que é perigoso, ou melhor, quem, inclusive, é o inimigo. Diante disso, fica visível esse diagnóstico, principalmente, no comportamento das autoridades que utilizam o direito penal e seguem políticas criminais as quais ultrapassam os limites legais, ferindo direitos e garantias fundamentais de determinadas pessoas.

Nessas condições, a ideia concebida nesta tese explora dois conceitos específicos adiante dessas questões, a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben e a teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs, sendo que ambos conceitos analisam os mecanismos da produção do abandono da vida pelo direito, seja na forma de vida nua (Agamben) ou do inimigo (Jakobs). Importa ressaltar que não há registros de Giorgio Agamben citando Günther Jakobs em sua literatura como também de Günther Jakobs a Giorgio Agamben, havendo, assim, diferenças entres suas abordagens. Desta feita, é possível explicar o estado de

exceção sem necessariamente mencionar o direito penal do inimigo e vice-versa. Alguns podem até achar estranho o envolvimento desses dois conceitos, mas, apesar dessas distinções teóricas, os dois tendem a compreender que as pessoas podem perder seu status cidadania e até de pessoa em certas circunstâncias e que o direito é dispositivo utilizado pelo poder soberano para desprover de valor a vida humana em determinadas circunstâncias, relegando-a a uma condição de abandono. E, para entender isso, esta pesquisa se direcionou a uma tarefa árdua, a de identificar a intersecção entre seus pensamentos em relação à vida, com o objetivo de contribuir para uma compreensão crítica da soberania moderna. Essa é a proposta desta tese, independentemente de não se esgotar o tema, a preocupação é identificar essa intersecção conceitual entre dois pensadores contemporâneos.

Mesmo com as dificuldades encontradas, aventurar-se numa problemática filosófica conceitual entre dois pensadores ainda vivos, procurando por sua convergência tensional, e não uma simples repetição dos conceitos, ocasiona a oportunidade de pensar em algo inédito. Não obstante, foram retomados conceitos bem presentes na literatura de Giorgio Agamben bem como na de Günther Jakobs procurando mostrar criticamente intersecções em relação à vinculação do poder soberano e sua produção de vidas abandonadas, tendo como referência também outros intelectuais que desenvolvem e desenvolveram pesquisas sobre o assunto.

É importante ressaltar que Giorgio Agamben não cita em sua obra o conceito de direito penal do inimigo de Günther Jakobs, e este último não cita também o estado de exceção de Giorgio Agamben. No entanto, ambos são referências fundamentais para se pensar os dispositivos através dos quais se produz a vida abandonada por meio do poder soberano moderno, e podem ser considerados como uns dos principais teóricos sobre as respectivas narrativas da exceção. Por intermédio desses dois autores, levanta-se a discussão de uma prática jurídica que ultrapassa os limites legais e amplifica a redução das garantias e direitos fundamentais, por um poder soberano, além da redução da proteção jurídica da vida por diversas razões.

A hipótese é que no poder moderno e mesmo no marco dos Estados de direito permanece operativo um tipo de poder soberano correlacionado com o poder de relegar ao abandono determinadas vidas humanas consideradas perigosas. Os modos como o poder soberano age para capturar e controlar as vidas podem ser diversos e multifacetados. Explora-se nesta tese a sinergia que existe entre as

análises do estado de exceção de Giorgio Agamben, e a teoria do inimigo de Günther Jakobs, como dois referentes teóricos que convergem na exposição da operatividade do poder soberano e sua produção de vidas abandonadas. Os elementos convergentes destas análises permitirão explorar criticamente as sombras desse poder soberano e seus dispositivos de produção de vidas abandonadas pelos modelos jurídico-políticos, a fim de futuramente poder pensar estratégias de resistência e desconstrução da constante produção destas. Por tudo isso, esta tese pretende ser uma contribuição crítica para os estudos da soberania moderna.

No primeiro capítulo, busca-se compreender o estado de exceção de Giorgio Agamben sobre a produção da vida nua. Para tal, inicialmente, designa-se a terminologia estado de exceção de forma genérica para introduzi-la na linha de pensamento proposta. Desse ponto em diante, abrange-se uma visão mais ampla do pensamento de Giorgio Agamben, aprofundando as fronteiras conceituais que existe nesse conceito. Ao final desse capítulo, pareceu interessante, antes de entrar na próxima temática, pensar na exceção como um dispositivo biopolítico de produção e controle da vida, procurando refletir se a vida só teria axioma a partir da sua utilidade econômica e biológica, se ela é nua.

No desenvolvimento do segundo capítulo, a preocupação foi outra, decifrar o direito penal do inimigo perante a perda do status de pessoa. Para isso, encontrou-se em Günther Jakobs uma denúncia considerável sobre essa temática, pois, enquanto a ênfase no primeiro capítulo é em torno da vida nua e sua relação com o estado de exceção, nesse segundo capítulo a direção é outra, destaca-se o direito penal (de exceção), diga-se, direito penal do inimigo. Assim, é realizada uma evolução teórica desse conceito à luz do entendimento de Günther Jakobs, refletindo a exceção como um meio legítimo de enfrentar algumas ameaças da sociedade e que tem seu desenvolvimento, inclusive, sob os regimes democráticos.

Se chega, então, ao ponto crucial desta tese, o terceiro capítulo. A originalidade da pesquisa vem exatamente nessa parte. Neste capítulo, propôs-se identificar a convergência dos pensamentos. Inicialmente, introduz-se a reflexão que propõe compreender se o direito é tão perigoso assim, a ponto de se imaginar que exista a possibilidade de haver a produção da vida desprovida de valor em ambos os pensamentos. Logo após essa base introdutória, é levantada a filosofia de Carl Schmitt, refletindo se ela se encontra como sombra teórica das respectivas linhas de

entendimento. Ao final, passa-se a se concentrar na análise de que a vida humana se torna vulnerável, podendo perder seu status político ou legal.

Cabe esclarecer que a tese consistirá no método da teoria fundamentada, pois, preliminarmente, deslocaram-se conceitos importantes para, a partir desse ponto, ser realizada a construção textual até o fim. Em relação aos procedimentos técnicos que foram adotados, colocou-se em prática a utilização de pesquisa científica de natureza bibliográfica e documental. Desse modo, a pesquisa é qualitativa, quanto à forma de abordagem do problema; e, no tocante aos objetivos, a pesquisa é exploratória, por visar proporcionar a busca da interligação dos problemas aludidos, tornando-os explícitos.

Enfim, em linhas gerais, esta tese demonstra as assinaturas dos dois pensadores contemporâneos, revestida da originalidade que é o olhar direcionado a identificar esse ponto em comum de ambas as filosofias no que diz respeito à preocupação em torno da vida.

CAPÍTULO 1 – A PRODUÇÃO DA VIDA NUA NO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN

“A dupla categoria fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão” (Giorgio Agamben).

Há diversas maneiras de se começar um capítulo de uma tese, principalmente, quando se desenvolve um capítulo sobre a produção da vida nua no estado de exceção. Dessa forma, este capítulo tem a proposta de deixar inteligível a formação da vida excluída da comunidade política, procurando superar as lacunas da aparência do comum desse tema.

Para isso, utiliza-se, sobretudo, Giorgio Agamben, pois ele oportuniza pensar a existência de um estado de exceção, ao desenvolver um olhar para a captura da vida pela via de exceção, produzindo, dessa forma, uma vida desprivilegiada pelo direito.

É importante elucidar que o pensamento de Giorgio Agamben ainda se encontra sob desenvolvimento, no entanto seu aporte teórico sobre a crescente vida nua e sua compreensão das condições dos indivíduos diante da política atual, sem contar sua percepção sobre as democracias criam a razão de realizar essa conexão com esse pensador. Ademais, é gozando desse referencial que o capítulo se desenvolve reconstruindo o estado de exceção a fim de fornecer subsídios para alcançar a compreensão desse conceito¹.

Embora o estado de exceção seja um assunto relativizado do ponto de vista conceitual, a proposta de *a produção da vida nua no estado de exceção* tende a explicá-lo, além de colocá-lo como ponto inicial desta investigação.

Embora o filósofo italiano tenha uma obra intitulada de *Estado de exceção*, ela se encontra em meios de um projeto filosófico formado por nove volumes divididos por quatro partes², essa obra e sua anterior, *O poder soberano e a vida nua*, são essenciais para este capítulo. Portanto, na introdução será aduzido sobre a

¹ O estado de exceção em Giorgio Agamben se torna uma tentativa de qualificar de forma propedêutica o pensamento agambeniano sobre assuntos que já foram mencionados por outros pensadores, mas que o filósofo italiano inova em seus desdobramentos, ditando o não dito por outros. Este capítulo, então, tem como fundo básico temas como a razão, forma e estrutura do estado de exceção diante da produção da vida nua.

² O primeiro desses volumes é o *Homo sacer poder soberano e vida nua*, nessa obra Giorgio Agamben analisa entre diversas questões, o estado de exceção. Depois, vem a obra *Estado de exceção*. E como terceiro volume a obra *Stasis*.

terminologia estado de exceção, para depois compreender sua aproximação com a violência e, por conseguinte, com a vida nua.

1.1 Designando a terminologia estado de exceção

Designar a terminologia estado de exceção não é a tarefa das mais fáceis, se for pensar, esse conjunto de símbolos traduz um sentido que pode constituir uma unidade complexa. Contudo, é propício enfrentar essa tarefa e iniciar este tópico buscando explicá-la, isso porque “[...] a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Em suma, a interpretação do estado de exceção não condiz com o caminho na qual abrange a neutralidade:

Nesse sentido, a escolha da expressão “estado de exceção” implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quando à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de “estado de sítio” e de “lei marcial” se revelam, entretanto inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos “político” ou “fictício” um tanto equívocos. O estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite (AGAMBEN, 2004, p. 14).

A partir do momento em que existe essa interpretação, impõem-se valores, dessa forma, o que se faz aqui é buscar compreender essa terminologia de maneira introdutória. De qualquer sorte, não é sempre fácil conceituar algo. Espera-se, ao menos, que seja uma boa base para o domínio do tema.

Ainda, constata-se que em estado de exceção há dois conceitos diferentes que podem representar certa relação, mas, ao mesmo tempo, uma incoerência em seus sentidos. Assim, para compreensão dessa terminologia, primeiramente, será discutido o que é *estado* e depois o que é a *exceção* e, então, quais seriam as intenções verdadeiras com esses dois conceitos se unindo.

Num nível mais básico, por meio da acepção do dicionário de semiótica, a palavra *estado* pode alcançar o seguinte significado: “1. O termo estado pode ser

homologado ao de contínuo, sendo o descontínuo que aí introduz a ruptura, o lugar da transformação” (GREIMAS; COURTÉS, 1979, p. 158).

Como observado, se seguisse essa linha, em *estado de exceção*, o termo *estado* representa algo sólido, mas que pode ter uma alteração em sua forma, contendo, assim, uma fluidez, uma mudança em seu significado. Por isso, ao mesmo tempo que o estado se mantém, pode ocorrer uma certa ruptura, uma transformação em si. Ademais, as combinações com o termo *estado* podem ser inúmeras, e cada combinação representaria uma qualificação nova, um outro significado, contudo, o que se quer obter aqui é a compreensão em cima de apenas uma oportuna suplementação do estado, a exceção.

A palavra *exceção*, pelo viés da lógica, significa “quantificação do predicado” (ABBAGNANO, 2007, p. 397), ou seja, refere-se à variação de algo que se afirma. Ora, se é assim, a exceção necessariamente se direciona à fuga do direito, desprovida de lei. Logo, “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61), originado de uma tradição liberal e jusnaturalista (MARTINS, 2020).

A palavra exceção nesse sentido advém a partir da palavra pegar de fora, do vocábulo latino *excapare*, ressaltando uma ambiguidade entre o dentro e o fora, na qual se destaca a exclusão e inclusão (MURRAY, 2010). Assim, para Giorgio Agamben, a exceção representa a exclusão, mas ao mesmo tempo uma inclusão (AGAMBEN, 2010, p. 25), logo o estado de exceção é uma exclusão que inclui, e também uma inclusão que exclui.

A exceção não se limita simplesmente a expulsar a vida do direito, exclui do direito e, concomitantemente, a inclui numa zona de anomia; por isso a inclusão na anomia significa também a exclusão do direito. Isso porque,

[...] ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de sua suspensão. A norma se aplica à exceção desapplicando-se [...] (AGAMBEN, 2004, p. 39).

No que tange essa afirmação, floresce a ideia de que a exceção é algo que pode ser considerado no extraordinário, na acepção de fugir do rumo ordinário. Nesse sentido, a norma não para de existir, mas mantém sua eficácia e se ausenta em partes, ocorrendo uma anomia e um espaço vazio de direito.

Quanto à grafia do termo, percebe-se, assim, que a proposta de Giorgio Agamben não é elucidar sobre o *estado de exceção*, iniciando com letra maiúscula, mas sim, por meio do *estado de exceção* com letra minúscula, pois essa sua visão não condiz com o oposto de Estado de Direito, nem como sinônimo de Estado de Sítio. Esclarece-se ainda que o nome do livro, no Brasil, apresenta-se com a letra maiúscula pelo fato de ser regra gramatical da língua portuguesa.

Voltando para explicação do sentido de fugir para o rumo ordinário. O motivo pode ser explicado. Enquanto a exceção entra em algum caso no lugar da lei, oportunizando a produção de seu efeito, ela se encontra pensando em sua eficácia na categoria do relativamente, e não absolutamente. Isso porque o desenvolvimento prático poderá ocorrer num caso isolado, isto é, a relatividade de sua eficácia é mencionada pelo fato de a suspensão normativa ocorrer com alguma norma do sistema normativo, mas não com a sua totalidade, ao mesmo tempo que pode ser presenciada atingindo apenas um indivíduo, e não a coletividade.

Sem dúvida é interessante pensar que a aplicação do direito se ausenta, mas, apesar disso, continua vigente sem significado perante o ordenamento jurídico. Em outras palavras, a exceção começa a existir sem lesionar a vigência da lei diante de algum ordenamento jurídico, mesmo a exceção tendo vida, o direito se degrada a ponto de não ser presenciada sua morte.

Pois bem, a exceção não vai se relacionar diretamente com a norma geral, ela está “absolutamente fora de relação” (AGAMBEN, 2010, p. 24-25). Por outro lado, é possível pensar que a norma existente pode se tornar uma exceção e que a exceção pode se efetivar como regra geral. O regime nazista fez isso, por mais assustador que pareça, os seus atos não eram ilegais do ponto de vista da validade jurídica. Nessa perspectiva, eles conseguiram fazer a exceção se tornar o próprio direito (RUIZ, 2013).

Acontece que, enquanto a norma continua vigente como se fosse uma norma realmente soberana, pode ocorrer sua limitação no tocante do seu efeito jurídico em algum caso. Nesse sentido, ela continuaria vigente perante o ordenamento jurídico e gozando de sua eficácia, mas, ao mesmo tempo, estaria vigente sua exceção. Nesse viés, a exceção se torna a suspensão dos efeitos da lei, mas é uma lei que vai vigorar e manter sua vivência, só não terá mais sua eficácia na categoria do absoluto.

E como seria esse processo de exceção? Segue sendo a suspensão da lei e, a partir disso, vem a exceção, não o oposto. Dessa forma, a vigência da lei, mantém um contato, uma relação com o exterior, implementando por meio da exclusão uma inclusão, o que o Giorgio Agamben (2010, p. 26) vai intitular de “relação de exceção”. Aliás, essa relação não é limitada ao contemporâneo, a época romana, por exemplo, demonstra que, a serviço do poder, já era praticada a suspensão da ordem jurídica, havendo, assim, uma inaplicabilidade jurídica para determinadas situações.

Nesse sentido, no direito romano, poderiam ser encontrados alguns conceitos ancestrais do estado de exceção, entre eles o *iustitium*. Por *iustitium*, entende-se a suspensão da ordem jurídica, sem restrições, realizada pelos senadores romanos a partir da consulta aos cônsules, tribunos da plebe ou pretores romanos, sob a justificativa de salvar o Estado em casos excepcionais, isto é, em circunstâncias emergenciais.

Nesse diapasão, quem fosse ditar o *iustitium* seria uma espécie de magistrado previsto por lei e optado pelos cônsules, de outro modo, ele não lesionaria a lei, visto que “aquele que age durante o *iustitium* não executa nem transgride, mas inexecuta o direito” (AGAMBEN, 2004, 78).

Outro conceito do direito romano que não tem como deixar de lado, pensando no estado de exceção, seria a figura jurídica de *hostis iudicatio*. Este se encontrava como uma espécie de declaração ocasionada pela suspensão do direito intitulado um cidadão romano na categoria de inimigo, deixando, assim, de ser cidadão. A justificativa, geralmente, era pelo fato desse cidadão causar grave ameaça pública, em outras palavras, por ele ter praticado atos de inimigo, como por exemplo, a traição e a conspiração poderiam exercer a suspensão do direito a ele (AGAMBEN, 2004).

Pensando na divergência entre os conceitos romanos ancestrais ao estado de exceção, seja o *iustitium* bem como o *hostis iudicatio*, a diferença está nos limites de suas eficácias. No primeiro caso, não havia restrições nos efeitos, eram ocasionados para todos, sendo cidadão ou não, não haveria divergência; enquanto no segundo caso, os efeitos eram seletivos, apenas ocorriam no cidadão que praticasse tal feito. Diante do exposto, todo esse contexto é importante para apresentar detalhes que levam à reflexão sobre as origens do estado de exceção.

Retornando ao processo do estado de exceção contemporâneo, outros detalhes são importantes para sua compreensão conceitual. Além da relação de exceção, no estado de exceção é oportuno destacar a concepção “força de lei”; essa concepção vem dos decretos utilizados pelo Poder Executivo. Esses decretos seriam utilizados para questões excepcionais, algo extraordinário e, mesmo não pertencendo à esfera da lei, tinham como finalidade o poder de coagir da mesma forma que uma lei. Nesse diapasão, compreende-se que a lógica do estado de exceção se encontra com força de lei, mas sem a lei (AGAMBEN, 2004). Assim, ela aparenta ter legitimidade, mas, na verdade, do ponto de vista jurídico, ela não tem.

Outro ponto significativo é a coerência da linguagem diante da exceção. Ora, diz-se que a norma interiorizada depende da linguagem para exteriorizá-la (AGAMBEN, 2010), desse modo, a linguagem pode ser entendida como um soberano, funcionando como estrutura particular, ela ditará como funcionará.

Voltando para a inclusão-exclusão da norma, tem-se um exemplo por intermédio da afirmação *eu te amo*; essa afirmação, como muitas outras, depende de interpretação para perceber o seu real sentido, quando se tem o texto aberto a interpretações, abre-se a chance para a discricionariedade.

Então, a palavra exemplo é um sinônimo de exceção? Conteria divergência conceitual? Não, pois o exemplo difere da exceção pelo fato de que é excluído do todo, ou seja, do conjunto, ele vai praticamente do todo ao particular; a exceção segue diferente, ela vai de fora para dentro, ou melhor, como Giorgio Agamben (2010, p. 30) diz, ela “é incluída no caso normal justamente porque não faz parte dele”.

Importante ressaltar também que as palavras inclusão e pertencimento não são sinônimas: respectivamente, na primeira, é quando se faz parte de um conjunto, ou seja, todos os seus elementos são do mesmo, do todo; na segunda, não se tem todos os elementos no todo, inclusive pode acontecer de ter os dois, ter a inclusão e, ao mesmo tempo, o pertencimento (AGAMBEN, 2010, p. 31). A exceção, por sua vez, inclui aquilo que se encontra fora, pelo fato de que ela inclui o que não haveria como ser incluído normalmente.

Além dos pontos já aludidos, há um aspecto importante a ser mencionado para delimitar mais ainda a compreensão sobre a terminologia estado de exceção. É inconcebível que essa concepção do termo estado de exceção se assemelhe com o que se compreende como estado de necessidade ou até mesmo com outros

suplementos do estado, como o estado de sítio. No entanto, é preciso se atentar que:

Esse termo, comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*, mas também *Notstand*, estado de necessidade), é estranho às doutrinas italianas e francesa que preferem falar de decretos de urgência e de estado de sítio (político ou fictício, *état de siège fictif*). Na doutrina anglo-saxônica, prevalecem, porém, os termos *martial law* e *emergency power* (AGAMBEN, 2004, p. 14).

O que dizer, então, sobre a divergência conceitual entre esses diferentes estados? Entende-se, destarte, que o uso de uma determinada expressão poderia ser algo geograficamente justificável, como bem falado por Giorgio Agamben na afirmação supra: a Alemanha destaca o estado de necessidade, a França utiliza o estado de sítio e a Itália os decretos de urgência. Por sua vez, sobre esse sentido de nomenclatura que traz a Alemanha, na visão de Giorgio Agamben (2004, p. 40), adentrando, especialmente, sobre esse conceito de estado de necessidade:

necessitas legem non habet, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendida em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e a “necessidade cria sua própria lei” (*necessite fait loi*).

Portanto, para o pensador italiano não tem como identificar a necessidade sendo a fonte de lei, ou, até mesmo, a razão para ocorrer a suspensão da lei. Diferentemente de Carl Schmitt (2009), o qual compreende a possibilidade de a necessidade ser fundamentação para a autoconservação do Estado e do estado de exceção, assim, para ele, a necessidade poderia ser justificativa para decretar o estado de exceção.

Segundo o entendimento de Eduardo Tergolina Teixeira, o ponto em questão, o estado de necessidade sob o foco da identidade do estado de exceção de Giorgio Agamben, caminha na direção que:

A necessidade não é fundamento para a desconsideração do que legalmente disposto; a necessidade ingressa como vacina, diante de uma lei que não se adequa no caso concreto, não promove a salvação do homem, não atende ao seu fim. Dessa forma, então, entra em cena a necessidade e dispensa a pessoa da obrigação naquele particular caso concreto. Frise-se que os medievais concebiam a dispensa da observância da lei em uma situação de excepcionalidade, por ação da necessidade, em um determinado caso concreto. Não se trata, pois, de uma suspensão da ordem jurídica, suspensão do direito, mas da perfuração da moldura

obrigacional legal em uma certa e determinada situação fática. A diferença está em que, aos medievais, o sistema se abre e, pela via de necessidade, abarca o caso concreto, dispensando a obrigação. No estado de exceção moderno, é diferente: intenta-se forçadamente incluir na ordem jurídica a própria exceção [...] (TEIXEIRA, 2015, p. 108-109).

Entretanto, Eduardo Tergolina Teixeira (2015, p. 139) complementa aduzindo que o estado de necessidade, à luz não do período medieval, mas sim da modernidade, altera-se:

Com os modernos a situação muda: o estado de necessidade é incluído na própria ordem jurídica e a necessidade é feita fundamento último e fonte da lei. O estado de necessidade, assim, não mais diz respeito a um mero e pontual caso determinado, mas se coloca como autêntico “estado” da lei, donde esta retira a legitimidade. A necessidade termina por se apresentar como requisito primeiro e inderrogável pelo qual inafastavelmente deve passar o direito para bem operar. E esse raciocínio da necessidade como esteio do direito vale tanto para os que sustentam os interesses de um Estado contra outro, como para os que tentam encontrar justificativa para a utilização, pelo executivo, em momentos de exceção, dos decretos com força de lei.

Fica evidente que a necessidade se encontra em um caso individual, no qual não há mais a coação da lei, nem ao menos a suspensão e criação legislativa, mas o que existe é a legitimidade da transformação do que era considerado ilícito se tornando lícito. Logo, recorda-se que a legitimidade do estado de necessidade perante algum ordenamento jurídico será observada a partir da modernidade, é nesse momento em que se localizará o estado de necessidade diante da legislação (AGAMBEN, 2004, p. 40-43).

Portanto, quanto ao estado de necessidade e ao estado de exceção, ambas as terminologias apresentam suas diferenças, mas essa questão entra no campo hermenêutico da subjetividade.

Entre essa subjetividade, Giorgio Agamben (2004) dá crédito à linha de entendimento sobre o estado de necessidade de um pensador da escolástica, Tomás de Aquino, que, em seu livro *Suma Teológica*, desenvolve o pensamento de que, se uma lei prevista na ordem jurídica contraria os caminhos do bem comum, não, necessariamente, é preciso segui-la, respeitá-la, mas pode-se desrespeitá-la. Provavelmente, se uma legislação fosse contra os mandamentos religiosos cristãos,

nesse caso, seria uma hipótese de se aplicar a exceção, não teria, assim, o respeito pela lei.

Estenio Ericson Botelho de Azevedo (2013, p. 101), usufruindo dos mesmos conhecimentos de Tomás de Aquino, afirma que:

Toda a questão é, portanto, a distinção entre lei e letra de lei, distinção na qual se manifesta a impossibilidade formal de o legislador poder “atender a todos os casos singulares”; daí porque ele “formula a lei de acordo com o que acontece ordinariamente, olhando o que é melhor para a utilidade do bem comum”. É por isso que há casos em que se deve agir “contra a letra de lei para salvar a utilidade comum que o legislador intencionou” [...]. Ao final de sua “Solução” à Questão, Tomás adverte que interpretar se e quando determinada lei se torna, em algum caso singular, prejudicial ao Estado cabe somente aos governantes, “que, com vistas nesse caso, têm autoridade para dispersar as leis”. Outra, contudo, é a situação dos perigos imediatos, em que não são possíveis interpretações das autoridades e a necessidade se impõe como evidente: “Mas se o perigo é imediato e não dá tempo para recorrer ao superior, a necessidade mesma leva junto a dispensa pois a necessidade não se sujeita à lei [...]”.

Em linhas gerais, afirma-se que a lei, nesse contexto do jusnaturalismo de Tomás de Aquino, deve atingir sua finalidade e não abandonar sua essência de salvação do homem, caso seja o contrário, não haveria problema de abandoná-la. Então, a lei do homem deveria perseguir, nesse caso, a lei divina, caso contrário não teria problema praticar a desobediência civil.

Essa empreitada terminológica apresenta que o estado de necessidade diverge pontualmente do estado de exceção, basta buscar pelo fato de que o primeiro não viola o direito, pelo contrário, permite que se encontre como um direito de resistência; de outro modo, o estado de exceção não se qualifica pela legitimidade, qualidade que o estado de necessidade agrega (ISRAËL, 2009, p. X), na verdade, o estado de exceção se desenvolve pela aparência de legitimidade.

Todavia, o posicionamento de Giorgio Agamben (2004) é que, embora o estado de exceção possa se desenvolver com aparência de legitimidade, o estado de necessidade pode ser um meio de descumprimento do direito exatamente em razão da própria necessidade. Este último pode ser presenciado pela legitimidade enquanto o estado de exceção, como já ressaltado, pela aparência de legitimidade. Assim, “são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

E o estado de exceção teria alguma relação com as concepções jurídicas voltadas para a guerra, como o estado de sítio? A resposta é não. Importa, pois, contextualizar os aspectos históricos para saber que:

A história do termo “estado de sítio fictício ou político” é, nesse sentido, instrutiva. Remonta à doutrina francesa, em referência ao decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, que previa a possibilidade de um estado de sítio que podia ser declarado pelo imperador, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas [...]. A origem do instituto do estado de sítio encontra-se no decreto de 8 de julho de 1791 da Assembleia Constituinte Francesa, que distinguia entre *état de paix*, em que a autoridade militar e a autoridade civil agem cada uma em sua própria esfera: *état de guerre*, em que a autoridade civil deve agir em consonância com a autoridade militar; *état de siège*, em que “todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da polícia internas passam para o comando militar, que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade” (ibidem). O decreto se referia somente às praças-fortes e aos portos militares; entretanto, com a lei de 19 frutidor do ano V, o Diretório assimilou às praças fortes os municípios do interior e, com a lei do dia 18 frutidor do mesmo ano, se atribuiu o direito de declarar uma cidade em estado de sítio. A história posterior do estado de sítio é a história de sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra à qual estava ligado na origem, para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas, passando, assim de efetivo ou militar a fictício ou político. Em todo caso, é importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista (AGAMBEN, 2004, p. 16).

Tal discussão suscitada também caminha em direção se existe identidade entre o estado de exceção e o estado de natureza. Ora, “[...] o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurgiu agora no interior (como estado de exceção) [...]” (AGAMBEN, 2010, p. 43). Dessa forma, o que se categorizava como externo, o estado de natureza, torna-se interno, como estado de exceção.

Complementando essa linha de raciocínio, é fato que “estado de natureza e estado de exceção são apenas duas faces de um único processo topológico” (AGAMBEN, 2010, p. 43). Ademais, no estado de exceção se transita por duas frentes, a frente do direito e a do estado de natureza, ocasionando uma zona de indistinção.

Para tanto, isso leva a pensar: qual a natureza do estado de exceção? Para compreender isso, é preciso, necessariamente, despontar alguns caminhos. Um deles é exatamente se ele se encontra dentro, conforme o direito, ou se está

subsumido do direito numa exterioridade ao próprio direito. Sobre isso, Giorgio Agamben (2004) entende que o estado de exceção não está positivado, ele não é localizável no ordenamento jurídico, pois se encontra numa zona de indiferença, nem é interior e nem exterior ao ordenamento jurídico. Ele compreende que pode haver a existência de duas correntes em relação a essa localização categórica do estado de exceção.

A primeira corrente propõe a ideia de que o estado de exceção tem natureza jurídica, sendo que, nessa hipótese, o estado de exceção se encontra positivado, ou como um direito constitucional ou natural do próprio Estado, buscando por sua autopreservação; a segunda corrente qualificaria o estado de exceção por sua natureza factual, afastando-o, assim, da categoria jurídica. Embora o estado de exceção pudesse acarretar consequências jurídicas, essa seria a sua relação com o direito.

Essas são as duas correntes possíveis que tentam traduzir onde se localiza a natureza do estado de exceção, apesar dessas correntes, coube ao jurista imaginar que:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Percebe-se que, para Giorgio Agamben, essa discussão em torno de onde se localiza a natureza do estado de exceção já é solucionada. Como visto, está numa zona de indiferença, isto é, o estado de exceção tem sua natureza dentro do jurídico, mas também fora dele. Dessa forma, é interessante perceber que essa natureza do estado de exceção se encontra então em movimento, assim, pode ser encontrado dentro bem como fora do plano jurídico. Aliás, Castor Bartolomé Mari Martín Ruiz (2013, p. 15) recorda que: “Agamben chama atenção para a contradição que habita o próprio estado de direito que pensa ter abolido a vontade soberana quando na verdade ela permanece oculta, para ser utilizada quando for preciso”.

O estado de exceção também não deve ser considerado como sinônimo de ilegalidade, de desordem ou de anarquia, isso seria a consequência. O resultado não pode ser considerado sinônimo de definição. Nesse diapasão, mesmo a

exceção se desenvolvendo sob a desordem, considerando a ideia de surgir para encerrar o caos, o estado de exceção não tem como condição essa limitação, pois pode ser que se desenvolva em ambiente contrário, sob o plano da ordem, sem caos social. Por ora, a título de exemplificação, basta observar que não existe um pré-requisito de desordem como fonte do estado de exceção, são subjetivas as condições, assim, como afirma Castro,

[...] a tendência que pode ser vista como um dos desenvolvimentos da instituição jurídica do estado de exceção ou de sítio a governar por decreto, isto é, quando o Executivo assume as competências próprias do poder legislativo e inclusive do poder judiciário. A prática dos decretos-leis, dos decretos de necessidade e urgência, não só por razões de uma ameaça bélica, mas também por razões econômicas, certamente é frequente nos países ocidentais (JUNGES, 2013, p. 31).

Além do mais, levanta-se novamente a questão da relação entre a ordem jurídica e o estado de exceção. Importa ressaltar que o estado de exceção não abrange um relacionamento de exclusão, não é porque vige o estado de exceção que a norma fora revogada ou até mesmo destituída parcialmente do ordenamento jurídico; pelo contrário, o direito continua sob vigência mesmo com a presença do estado de exceção.

Dessa forma, depara-se com uma lacuna que é fictícia e não normativa, do mesmo modo que não há uma degradação da norma, pois a norma é suspensa e não se torna inválida perante o ordenamento jurídico.

Então, essa zona de anomia, sobre a qual Giorgio Agamben elucida, mantém seus laços com a ordem normativa, com o plano do que pode ser considerado legal. Apesar disso, é importante compreender que o estado de exceção se encontra como um eclipse da lei, “não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei [...]” (AGAMBEN, 2010, p. 26).

Diga-se em continuidade, que “a situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem com uma situação de fato, nem com uma situação de direito” (AGAMBEN, 2002, p. 26). Destaca-se, assim, um paradoxal limiar de indiferença como já ressaltado, afinal,

O que é de fato um estado de exceção, a não ser uma Lei que vigora, mas não significa? A autossuspensão da Lei, que se aplica ao caso singular desaplicando-se, retirando-se dele e, todavia, mantendo-o em seu bando, é uma figura exemplar de *Geltung ohne Bedeutung* (nada de revelação) (AGAMBEN, 2015, p. 234).

Nesses passos, o estado de exceção perpassa pela conexão do interno com o externo, diferente da relação única de exclusão. A exceção procede à captura da vida, possibilitando um vazio de direito. Praticamente ocorre a captura e a exclusão, produzindo pessoas vulneráveis, a vida nua em si. Em outras palavras, é uma exclusão inclusiva, pois exclui do direito e inclui a vida numa zona de anomia, fazendo a vida, nessa condição, se tornar vida nua, vida abandonada pelo direito, vida desprovida de valor.

Giorgio Agamben (2021) cita, inclusive, uma obra de Ernst Fraenkel, publicada em 1941, em que ele destaca o estado dual, um estado duplo, que, ao mesmo tempo que respeita a lei, tem a qualidade da discricionariedade. Nessa situação, o estado não desvaloriza a legislação, mas abre espaço para o inesperado, algo que não se encontra na esfera normativa, e é exatamente aqui que se encontra o perigo do estado de exceção, a discricionariedade.

Ora, importa ressaltar que as consequências do estado de exceção tendem a ter aparência de aspectos positivos, demonstrando um mundo sensível qualificado pela proteção dos direitos fundamentais, da autopreservação ou quaisquer outros atos de governo se apresentam como justificativas das medidas excepcionais. Inclusive, estão cada vez mais sendo utilizados esse meio, essa aparência de legalidade e legitimidade. Com o passar do tempo, as exceções se tornam leis, “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” (AGAMBEN, 2010, p. 27). Então, o estado de exceção se torna normal, uma vez que é visto como técnica de governo, com certa normalidade, dentro, até mesmo, do Estado Democrático de Direito. Mas é importante mencionar que nem sempre foi esse o entendimento.

Existe a concepção de que o estado de exceção se encontra vigente apenas em momentos de anormalidade, instantes de caos em que a legislação positivada não manifesta seu efeito. Vale lembrar que, no momento que voltasse para situação de normalidade, encerrando o caos naquela sociedade e o direito podendo ser

encontrado como um mecanismo de controle social eficaz, o estado de exceção seria suspenso e retornaria o Estado de Direito.

Então, existiria a normalidade que se localizaria na vigência do Estado de Direito, mas também se presenciaria o oposto, momento este que é tido como um risco à unidade política do Estado o qual está procurando a sua autopreservação, que é quando se identifica o estado de exceção. A exceção advém, nesse caso, para conseguir efetivar o que o Estado de Direito não conseguiu.

Um outro conceito que pode ocasionar dúvidas sobre sua relação com o estado de exceção é o de ditadura. Segundo Carl Schmitt (1985, p. 26), o conceito de ditadura tende a ter relevância quando se aduz sobre o estado de exceção, pois:

a ditadura se converte em uma supressão da situação jurídica em geral, porque significa a dominação de um procedimento que está interessado exclusivamente no sucesso de um resultado concreto, mediante a eliminação do respeito essencial ao direito [...].

Ademais, as raízes do estado de exceção de Giorgio Agamben podem ser levantadas dentro da narrativa de Carl Schmitt, apresentando dois argumentos diferentes para a exceção: o primeiro, o da ditadura, seja comissária, seja a ditadura soberana, presente na obra *Die Diktatur*; o segundo, a exceção como decisão soberana, na obra *Teologia Política*.

É nesse sentido que se encaminha a abordagem sobre ditadura, ela podendo ser comissária ou soberana. Na comissária, a suspensão é concreta, ela é representada pela provisoriedade, com finalidade de restaurar ou defender a Constituição vigente, nela ocorre a suspensão dos direitos. Ao contrário da ditadura soberana que é qualificada por ser duradoura, impondo através de poder constituinte um estado de coisa que abrange uma nova Constituição, ou seja, procura por condições para impor uma nova Constituição, por esse motivo é utilizada num momento de crise.

Desse modo, a exceção pode ser presenciada dos mais variados modos, não se limitando a uma característica no tocante a sua forma/natureza. A intenção, nesta parte, foi apenas uma introdução terminológica sobre a exceção. Aliás, é sempre bom lembrar que o pensamento de Giorgio Agamben entende que: “as questões terminológicas são importantes na filosofia” (AGAMBEN, 2009, p. 27). Por isso, é relevante refletir as aproximações que o estado de exceção acarreta.

1.2 Aproximações do estado de exceção com a violência

Se o direito tem um texto retratando a proteção de um indivíduo de algo, por que é que ocorre de as autoridades não cumprirem com a direção normativa positivada, desaparecendo o direito para esses indivíduos? Com esse questionamento, não se defende que todas as autoridades não cumpram com o seu dever legal. Todavia, será mostrado adiante que o afastamento do reconhecimento normativo legal por meio da exceção demanda uma aproximação com a violência.

Destaca-se que a violência representa um fragmento importante do estado de exceção, principalmente, quando se enxerga o resultado de seu uso, acresce que os resultados dessa violência decaem sobre a vida. É irrefutável que algumas pessoas na sociedade prezam por mais direitos, existindo uma espécie de fetiche pelo que o direito pode fazer em prol da proteção da vida (MIAILLE, 1979), porém entende-se 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” (AGAMBEN, 2007, p. 33).

O direito se relaciona a um ponto em que proporciona a legitimidade e competência da autoridade, ele se conecta com a “esfera que garante à política apropriar-se da vida efetuando fraturas que a lançam numa condição de indecidibilidade, permitindo ao poder soberano transformá-la em vida nua” (BAZZANELA; ASSMANN, 2013, p. 183). Contudo, o direito também se desenvolve pelo sentido da preservação do que seria fundamental para a vida humana, e pode ser exatamente essa direção que faz o direito ser tão perigoso.

Não se pode deixar de lado também que há entendimentos de que o direito tem, como um de seus escopos precípuos, a busca pela promoção da vida humana. Nesse sentido, pode se desenvolver procurando respeitar os direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, basta observar juristas, como Eligio Resta (2004) com seu referencial teórico sobre o *direito fraterno*, os quais entendem que o direito poderia ser meio de integração ou até mesmo como um meio que, por intermédio da razão, possa pensar e, por conseguinte, agir pelas necessidades da convivência coletiva (BOBBIO, 2004). Logo, existem diversos posicionamentos de como o direito pode se

manifestar, assim o oportuno perigo, como já ressaltado, é ele se apresentar justamente por essas diversas possibilidades.

Interessante também imaginar que haveria uma divergência entre direito e regra. A regra desenvolve o viver, um modo vivente, sendo que esse modo de viver, a partir do momento que inicia a coação, a obrigação em respeitá-la, destaca-se a lei, ou melhor, o direito. Assim, a regra seria o limiar entre a lei e a vida. Dessa forma, não seria pertinente pensar que a regra se desenvolve por meio de direito existente, mas sim que, no caso específico da regra de vida, a regra surge da vida, além do direito (AGAMBEN, 2014).

Quando se pensa em direito, fala-se, no caso, de lei que, por sua vez, se apresenta contendo duas faces em sua sanção, os próprios legisladores antigamente tinham essa ciência. A noção de que a sanção legislativa poderia abranger tanto a justiça bem como a violência. Portanto, sanção e vingança teriam uma certa proximidade, basta perceber que ambas contêm em sua essência uma forma de execução privada (AGAMBEN, 2017a), as duas buscam por justiça e pelo dever. Não obstante, nem por isso deve se ignorar a lei, embora ambas procurem por justiça e dever, a vingança em hipótese alguma deve se tornar sinônima de lei.

Complementando o assunto, Giorgio Agamben (2017a, p. 28) faz uma reflexão encontrando coerência entre culpabilidade e lei, que corresponde ao nexos pecado e lei. Ao parafrasear São Paulo na sua conhecida relação entre pecado e lei, o jurista diz:

[...] A lei é pecado? Não seria! Mas eu não sabia sobre o pecado se não fosse pela lei: na verdade eu não teria conhecido. Eu não conhecia o desejo se a lei não dissesse: não você vai desejar! Pecado, tendo tomado impulso de mandamento [...]; sem a lei, de fato, o pecado está morto. Eu vivi um tempo sem a lei, mas quando o mandamento veio, o pecado reviveu, e eu morri. O mandamento que era para me dar a vida, foi a causa da morte.

Para deixar mais claro, basta pensar na parábola sobre Satanás e Deus, em que Deus, por ser quem praticava a acusação, condena Satanás. Dessa forma, o que se espera é um ser que não se coaja a libertação ou acusação. Aliás, se for pensar nas leis antigas, o conceito jurídico de culpa não existia, só havia o fato, a prática do ato e, por conseguinte, a punição. Até Jesus Cristo demonstrou que a lei poderia se apresentar como recompensa celestial, mas também como uma punição

infernais (AGAMBEN, 2017a). Logo, são as sanções impostas que diferenciam culpabilidade e lei.

Em *Regulae de Ulpiano*, Giorgio Agamben (2017a, p. 42) traz o entendimento da possibilidade de existência de leis distintas à luz das sanções, seriam duas: a lei perfeita, aquela que consegue proibir algo de ser praticado e, mesmo que já tenha ocorrido, consegue revogá-lo; já a lei imperfeita é a que consegue proibir algo de ser praticado e, mesmo que já tenha ocorrido o fato, não consegue revogá-lo, mas consegue aplicar uma punição contra quem a infringiu.

Dessa forma, esse mesmo entendimento também pode ser exposto à luz do soberano, da violência e da crítica aos direitos humanos. Aliás, na virtude do direito é que se encontra a sua fraqueza, pois leva a pensar que a violência pode ser mais próxima de sua própria natureza do que um meio para a defesa dessa consequência. Por isso,

A afirmação segundo a qual “a regra vive somente da exceção” deve ser tomada, portanto, ao pé da letra. O direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta. Neste sentido verdadeiramente o direito “não possui por si nenhuma existência, mas o seu ser é a própria vida dos homens”. A decisão soberana traça e de tanto em tanto renova este limiar de indiferença entre o externo e o interno, exclusão e inclusão, *nómos* e *phýsis*, em que a vida é originariamente excepcionada no direito. A sua decisão é a colocação de um indecível (AGAMBEN, 2010, p. 34).

Se existe um pensamento que preza por uma *estrutura originária da norma*, pressupõe-se que deva existir pelo menos uma condição para o direito existir, mas essa não é a direção do pensamento de Giorgio Agamben. Pelo oposto, ele entende que não devem existir condições, pois não há limite na criação jurídica, não se esquecendo que “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (AGAMBEN, 2007, p. 22). Percebe-se que o trajeto idealizado não foi a escolha pela norma como soberana, pois é notado que o soberano se situa dentro e fora do ordenamento jurídico.

A essência da lei não é violência, logo direito e violência não se encontram como um mesmo. Quando se analisa Thomas Hobbes (2003), o primeiro contratualista, percebe-se que o direito vem para combater a violência.

O direito, então, tem (re)posicionado a vida biológica. A vida tende a ter exposição à violência perante vários dispositivos, “o que temos hoje diante dos olhos

é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mais precisamente nas formas mais profanas e banais” (AGAMBEN, 2002, p. 121). Dessa maneira, “a institucionalização da violência como princípio da instituição do direito representa também, ao mesmo tempo, a inclusão da vida (indefesa) na esfera sangrenta do poder soberano” (GIACÓIA JÚNIOR, 2008a, p. 289) e parece ser complicado aceitar, porém,

Se é verdadeiro que a figura que o nosso tempo nos propõe é aquela de uma vida insacrificável, que, todavia, tornou-se matável em uma proposição inaudita, então a vida nua do *homo sacer* nos diz respeito de modo particular. A sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea, que, como tal, desloca-se em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras, até coincidir com a própria vida biológica do cidadão. Se hoje não existe mais uma figura pré-determinável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri* (AGAMBEN, 2004, p. 121).

Todos as pessoas, não importa quem sejam, é possível ter alguma relação com a violência. Ademais, a própria suspensão do direito, o que ocorre no processo do estado de exceção, ocasiona uma relação com a violência. No entanto, não apenas no contato com o direito que ocorre a violência, mas a dissolução do jurídico também gera a violência, porque, a partir do momento em que uma pessoa não tem mais direitos, sua vida está sob violência. Portanto, o estado de exceção tem aproximações com a violência, da mesma forma que o próprio direito tem.

Para tentar achar respostas em torno do direito e da violência, tem-se contato com diversas reflexões, entre elas o texto intitulado *Para a crítica da Gewalt*, de Walter Benjamin (2013a); o objeto desse texto gira em torno da palavra *Gewalt*, a qual, semanticamente, pode ter diversos significados, alcançando a noção tanto de violência, como de poder, assim, apresenta uma ambiguidade. Dessa forma, *Gewalt* não é uma palavra que representa conceitualmente algo com o sentido ímpar, isolado num único sentido, mas sim numa diversidade de sentidos que podem alcançar caminhos diferentes, dependendo de sua interpretação, e o direito é justamente isso. O direito vem de um processo comunicacional, linguístico, em que haverá intérpretes compreendendo o mesmo direito de forma divergente.

Não obstante, Walter Benjamin (2013a), sem deixar a questão ética de lado, ressalta a ideia da conectiva entre direito e violência. O filósofo demonstra que o direito se relaciona à violência e essa relação pode ser presenciada por meio da oposição meio e fim. Diante dessa consideração, pode-se perceber que:

[...] Benjamin apresenta um duplo aspecto da violência. Ela aparece como meio do direito para os fins escolhidos intencionalmente. Mas previamente, e para ser tal meio, ela deve ter sido significada intencionalmente pelo sujeito como meio. É este primeiro momento hermenêutico da violência que nos interessa captar. Para que ela se converta em meio em relação a um, a violência deve ser significada intencionalmente pelo sujeito para além da mera pulsão agressiva. O que transforma um ato agressivo em violência é a significação intencional dirigida de forma estratégica contra o outro. Temos aqui desenhada a segunda característica de toda violência: sua intencionalidade significativa, sem a qual perderia seu caráter ético (RUIZ, 2012c, p. 25-26).

É interessante deixar claro também que o direito parte do princípio de não desenvolver a prática da violência por meio de seus fins naturais, pelo contrário, ele capturaria a violência por meio da lei. A justificativa disso está na concepção de que o direito se encontra como uma ameaça a si próprio, contendo o monopólio da violência que ele mesmo preserva. Ora,

Estabelecendo uma relação entre direito e violência (em que esclarece os equívocos criados em torno do tema de segurança), demonstra que o ordenamento jurídico contém em si o seu contrário: a suspensão dos direitos, que admite uma violência não regulada pela lei, na qual o estado de exceção se torna uma estrutura jurídico-política estabelecida. Este é o prenúncio do novo *nomos* da Terra (BERCOVICI, 2004, não p.).

Não quer dizer que o direito vai agir com violência a todo momento, mas que ele contém essa ambiguidade. Afinal, o direito se encontra como um dispositivo biopolítico que pode garantir direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, tem a possibilidade de negá-los.

A violência tende a ter conexões com o direito quando se pensa em sua potência. Assim, o direito pode ser um meio de violência, mas nem sempre ele vai manifestar essa violência, ele representa a possibilidade.

Na teoria contratualista, na transição do estado de natureza ao estado civil, há um pacto social em que todos cedem suas liberdades em prol de segurança a um soberano que terá de tutelá-los. Dessa forma,

[...] a lei da natureza faz parte da lei civil, em todos os Estados do mundo. E também, reciprocamente, a lei civil faz parte dos ditames da natureza. Porque a justiça, quer dizer, o cumprimento dos pactos e dar a cada um o que é seu, é um ditame da lei de natureza. E os súditos de um Estado fizeram a promessa de obedecer à lei civil (quer a tenham feito uns aos outros, como quando se reúnem para

escolher um representante comum, quer com o próprio representante um por um quando, subjugados pela espada, prometem obediência em troca de garantia da vida), e em consequência a obediência à lei civil também faz parte da lei de natureza. A lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e se chama civil, e a outra não é escrita e se chama natural. Mas o direito de natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mais, a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se ajudem e unam contra o inimigo comum (HOBBS, 2003, p. 208).

O Estado, então, deve criar limites aos fins da natureza e deve monopolizar a violência, garantindo, dessa forma, sua própria existência. Quanto aos fins da natureza, é plausível argumentar que cada vez mais se tornam capturados pelo mundo jurídico. Em Walter Benjamin (2013a), está presente a ideia de que o direito natural se localiza dentro dos parâmetros da justiça, quaisquer meios, violentos ou não, seriam aceitos para preservá-los, o direito positivo, de outro modo,

exige de qualquer violência um atestado de identidade quanto a sua origem histórica, de que depende, sob determinadas condições, sua conformidade ao direito, sua sanção. Na medida em que o reconhecimento das forças do direito se manifesta de maneira mais tangível fundamentalmente na submissão sem resistência a seus fins, pode-se tomar por base como classificação hipotética quanto aos tipos de violência a existência ou a falta de um reconhecimento histórico geral de seus fins (BENJAMIN, 2013a, p. 126).

Um exemplo de violência por meio do próprio direito é o que Walter Benjamin (2013a) intitula de direito de guerra. Quando uma nação perde a guerra e, posteriormente, vem a paz, essa paz é caracterizada por coagir a outra nação, impondo aos países perdedores sanções, sendo que essa imposição tem em sua natureza a violência. Por sua vez,

[...] no direito à greve não é concedido aos trabalhadores o direito à violência, mas tão só o direito de se subtrair a uma violência exercida de maneira indireta pelo patrão, é possível que aconteça, aqui e ali, um caso de greve que corresponda a isso e que deva manifestar apenas um “virar as costas” ou “alheamento” em relação ao patrão (BENJAMIN, 2013a, p. 158).

A greve segue como hipótese de exceção. No entanto, o direito tende a ter em sua natureza a violência e é isso que faz sobreviver o próprio direito, sua

conservação do poder. Basta reporta-se ao contrato, como exemplo jurídico, para explicar a violência jurídica, uma vez que “o contrato dá a cada uma das partes o direito de recorrer à violência, de um modo ou de outro, contra a outra parte contratante, caso esta rompa o contrato” (BENJAMIN, 2013a, p. 137). Nesse diapasão, o contrato é um caso nítido do direito como fonte de conservação da violência, e também de instauração dela, porque, em ambas as partes, no exemplo mencionado, poderiam postular a coação, a execução, isto é, a violência.

Existem duas correntes jurídicas de pensamento que fazem uma reflexão clássica sobre a violência e com as quais Walter Benjamin trava um debate, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Essas concepções jurídicas demonstram divergências entre si, o jusnaturalismo reduzindo o conceito de direito à vertente da justiça; e o positivismo jurídico contendo a concepção jurídica de redução à validade. Para esta última corrente, o que importa realmente é o direito positivado, válido num determinado tempo e território. Sob essa ótica, compreende Ribeiro (2015, p. 36) que:

Sobre o fundamento crítico do jusnaturalismo, concepção filosófica que, segundo Benjamin, serviu de base ideológica para o terrorismo da Revolução Francesa, a violência é um produto natural, uma matéria prima, cujo emprego não fundamenta problemas, desde que não posta a serviço de fins injustos. Para Benjamin, segundo a teoria jusnaturalista do estado, um contrato racional de poder de fato e direito sobre o indivíduo. Na história da filosofia do direito dogmático, a tese jusnaturalista consiste que a violência para fins naturais é juridicamente legítima, dado que a “violência é um dado natural” e assim “julga o direito existente somente mediante a crítica de seus fins”. Segundo Benjamin, a teoria do juspositivismo compreende-se como poder de transformação histórica e assim “julga todo o direito em transformação somente mediante a crítica de seus meios”.

Veja que por via do jusnaturalismo a violência se constitui procurando o fim, que para essa concepção se identifica na justiça. Por outro lado, no positivismo jurídico a via de violência reside nos meios, esse meio que estaria dentro dos parâmetros de legitimidade, pois é presenciado como meios legais. Então, quando se utiliza da vontade da lei, bem como da vontade da exceção, ou melhor, do soberano, todas essas possibilidades podem constituir a violência.

Assim, o direito tem dois caminhos em sua experiência jurídica, o primeiro caminho de se encontrar com a lei, isto é, o direito se restringe aos meios legais; no segundo caminho, o direito ultrapassa a esfera normativa. Porém, essas duas

vertentes mesmo opostas, encontram-se conectadas, sendo que esses encontros podem ter o mesmo resultado, formas totalitárias de dominação.

Segundo Giorgio Agamben (2017, p. 41),

a partir do momento que a sanção geralmente assume a forma de um ato coercitivo, pode-se dizer – mesmo que Kelsen não parece disposto a tirar esta conclusão – que a lei consiste essencialmente na produção de uma violência legal, ou seja, em uma justa ficção da violência.

Se, para Walter Benjamin, uma opção não violenta pelo direito seria o diálogo, Giorgio Agamben enfatiza que uma opção sem a violência teria que imaginar uma outra forma-de-vida. Uma vida que não seria desprivilegiada pelo direito e nem abandonada por ele, no sentido negativo de se pensar, mas uma vida além do direito. O que se percebe, contudo, é que perante o estado de exceção o que ocorre atualmente é outro fato, basta notar que

[...] o projeto democrático-capitalista de eliminar as classes pobres, hoje em dia, através do desenvolvimento, não somente reproduz em seu próprio interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo (AGAMBEN, 2010, p. 186).

Embora exista o entendimento de que todos possam ser vítimas dessa violência, os mais desprivilegiados economicamente podem ter suas vidas conectadas com a violência elevada. Essa afirmação abrange a ideia de que o estado de exceção se torna um dispositivo de governo que maneja as vidas perigosas ou indesejáveis sob seu controle.

1.3 A vida nua e a decisão soberana sobre seu desvalor

Se *bíos*, em grego, traduz-se como vida política, como algo que é de competência só das pessoas, diferente dos animais que não tem essa qualidade de serem políticos e até mesmo éticos; *zoé* significa o simples viver, algo comum que até mesmo ocorre na vida animal. Dessa forma, os dois conceitos, na Grécia antiga, se mantinham distantes, pois o local da *bíos* é a *polis* (cidade) e da *zoé* a *oikia* (casa), um não se relacionava com o outro (AGAMBEN, 2010).

Porém, o que se identifica hoje é divergente, não existe essa separação, e sim uma recíproca relação, fazendo com que a *zoé* seja inserida na política

moderna. A vida biológica é conduzida como instrumento de poder, e ela pode ser incluída e ainda excluída da *polis* por um poder soberano (AGAMBEN, 2010). Então, *zoé* e *bíos*, que no passado continham separação conceitual, agora se vê o oposto, a *zoé* adentrando a política moderna, sendo a vida cada vez mais politizada.

Nos dizeres de Castor Mari Martin Bartolomé Ruiz (2013a, p. 27-28),

Esta distinção foi amplamente desenvolvida por Hannah Arendt na sua obra *A condição humana*. Os gregos denominavam de *zoe* à mera vida biológica. As plantas, animais e seres humanos tinham em comum a *zoe*. Em todos eles a *zoe* determina o modo de vida biológico de ser de cada indivíduo dentro da espécie no conjunto da vida. A *zoe* esta regida pelas leis da natureza e sobre ela a vontade humana quase nada pode fazer, a não ser se adaptar as leis naturais. Diferente da *zoe* a *bíos* é a vida humana que podemos construir para além da mera vida animal, *zoe*. É a vida dos valores, dos modos de subjetivação, relações, personalidades, instituições, etc. A *bíos* é a vida construída pela ética e a política. A *bíos* só pode ser humana porque nenhuma outra espécie viva pode construir uma vida própria além da mera *zoe* imposta pela natureza.

Como se observa, *zoé* e *bíos* representam o viver grego, mas cada uma com seu significado e são morfologicamente divergentes. Sobre isso, entende-se que embora não seja uma reflexão isolada de Giorgio Agamben, Hannah Arendt levanta também argumentações em torno dessa elucidação, mas o que se pode dizer é que uma das grandes preocupações de Giorgio Agamben, ao dialogar sobre essa distinção de vida grega, é com a própria vida humana (COLEBROOK, 2007).

Se para os latinos cada pessoa carrega consigo desde seu nascimento o *Genius*, um Deus, que praticamente dará bases morais e éticas ao percurso da vida, uma vida genial seria aquela que corresponde à vontade desse *Genius* (AGAMBEN, 2007). Logo, cabe abrir a reflexão de que uma vida genial, provavelmente, tem uma ordem de impessoalidade, uma gestão pelo outro, colocando, em destaque, a figura do soberano (*Genius*), que conduz a vida de seu súdito ao seu desvalor; e a política ocidental se identifica com a biopolítica, desenvolvendo um processo de confusão entre vida biológica e vida política, isto é, entre *zoé* e *bíos* (AGAMBEN, 2007).

Assim, a política inclui a vida em seu espaço e, se há existência da inclusão da vida no cenário político, pode haver também a possibilidade de sua exclusão, deslocando a vida em uma vida desprovida de valor. Dessa forma, a *zoé*, vida comum de todos os seres, passa a ser politizada, não só a vida se torna assunto da política, mas também a morte. O que acontece é da vida se distanciar da *pólis*, mas,

ao mesmo tempo, ser localizada perante a *oîkos*, casa. Entende-se, assim, que “vida e morte não são propriamente conceitos científicos, mas conceitos políticos, que, enquanto tais, adquirem um significado preciso somente através de uma decisão” (AGAMBEN, 2010, p. 171).

Outra questão a ser levantada é se a humanidade consegue categorizar a vida a ponto de pensar que ela se torna vida nua. Aliás, esse conceito de vida nua não é só utilizado por Giorgio Agamben, mas também por Hannah Arendt (2009, p. 333), que já aduzia pela nudez da vida humana, mencionando que não pelo fato da existência do direito que se chega a ter direitos, basta pensar que:

O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano.

É notório identificar, com naturalidade, a qualidade de ser sagrada a vida, pensar nela dentro do campo do inquestionável. Contudo, na antiguidade, para ela ser considerada sagrada, deveria passar por uma série de rituais, a partir disso a vida poderia ter um significado político (AGAMBEN, 2010). Remete-se, assim, ao pensamento de que o arbítrio de um ser que é qualificado como soberano pode conduzir a vida a uma categoria que, para ele, será interpretada como sendo algo ou tendo algo, podendo, dessa maneira, ter a possibilidade de transformar vida em morte.

Nesse interim, localiza-se a figura do *homo sacer*, punição romana que tinha como premissa colocar todas as pessoas como soberanas da vida de um indivíduo (AGAMBEN, 2010). Essa soberania pode ser presenciada no seguinte exemplo, uma pessoa se torna *homo sacer* e, a partir de agora, qualquer um se torna um soberano que pode decidir não respeitar os seus direitos fundamentais, a qualquer tempo, e não será punido por isso, a ameaça à vida, a partir da punição, será constante. Ocorre que o *homo sacer* é matável, é insacrificável não pelos deuses, mas por qualquer indivíduo da sociedade.

Nesse sentido, desenvolve o elemento político originário que diz respeito a sacralidade da vida, em outras palavras, a produção da vida nua. Como diz Giorgio Agamben (2010, p. 98):

Mais originário que o vínculo da norma positiva ou do pacto social é o vínculo com o soberano, que é, porém, na verdade somente uma dissolução; e aquilo que esta dissolução implica e produz – a vida nua, que habita a terra de ninguém entre a casa e a cidade – é, do ponto de vista da soberania, o elemento político originário.

O *homo sacer* tem uma vida qualificada pela incompatibilidade de como deve ser a vida humana, essa vida que é nua é exposta a violência, separada do contexto de normalidade do ponto de vista do viver com dignidade. E isso não deriva apenas da contemporaneidade, na modernidade, a política já condizia com a vida nua. Para comprovar isso, Giorgio Agamben (2010) cita o posicionamento de Thomas Hobbes, na obra *O Leviatã*, explicando que essa relação de produção da vida nua não é apenas condizente com os súditos, mas sim da relação com o soberano já que ele tem a competência do direito de punir. Ademais, o soberano agrega a possibilidade de conduzir seu poder de forma ilimitada.

A vida humana é impulsionada pela via política na dimensão da vida nua, alcançando, em dado momento, a vida biológica dos cidadãos, que é confundida com a própria vida nua. Percebe-se que a política, a partir dessa afirmação, pode ser identificada como biopolítica, sendo o estado de exceção um dispositivo biopolítico de governo nos atuais Estados de direito. Ora,

Enganamo-nos se lermos as consequências perversas da biopolítica como algo do passado que não mais ameaça a vida humana. Iludimo-nos se pensarmos que tais barbáries não mais ocorrerão em proporções tão gigantescas como as que foram praticadas. Hiroshima e Nagasaki são outros exemplos da barbárie a que a biopolítica pode conduzir quando se pretende experimentar com a vida humana como mera barganha do poder. Os 140 mil mortos em Hiroshima e os 80 mil mortos de Nagasaki são vidas sacrificadas ao experimento da ciência, do novo poder nuclear e da estratégia de Estado: a rendição incondicional de Japão. Suas vidas são meros elementos biológicos de uma estratégia de Estado. Enquanto a vida humana possa atingir o estatuto de mero recurso natural, pura vida nua, ninguém estará a salvo da barbárie. Recentes acontecimentos políticos, econômicos e tecnológicos nos alertam, uma vez mais, para essa possibilidade (RUIZ, 2012b, p. 37).

Em linhas gerais, a política sobre a vida é biopolítica, sendo assim, qualquer pessoa na sociedade está numa posição de *homo sacer* (AGAMBEN, 2010), não importa se é cidadão, contendo direitos e tendo deveres, todo cidadão pode ser *homo sacer*. Portanto,

A separação entre humanitário e político, que estamos hoje vivendo, é a fase extrema do deslocamento entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. As organizações humanitárias, que hoje em número crescente se unem aos organismos supranacionais, não podem, entretanto, em última análise, fazer mais do que compreender a vida humana na figura da vida nua ou da vida sacra, e por isto mesmo mantêm o contragosto uma secreta solidariedade com as forças que deveriam combater (AGAMBEN, 2010, p. 140).

Giorgio Agamben (2010), citando Walter Benjamin, entende que o nexo existente entre violência e direito gera a vida nua. De todo modo, o direito não produz a vida nua isoladamente, o poder soberano participa dessa produção, pois, a partir do momento que ocorre a suspensão da lei, ocorrendo o estado de exceção, poderá ocorrer a violência.

Para entender melhor, recorre-se ao exemplo que Giorgio Agamben (2015) cita, utilizando o pensamento de Hannah Arendt. Giorgio Agamben comenta que as leis direcionadas para questões dos refugiados demonstram que falham em tutelá-los, isso porque nem sempre os refugiados são vistos pertencentes a essa esfera de cidadãos perante algum Estado-nação. Se são vistos contendo cidadania, abre-se a possibilidade de garantir os seus direitos fundamentais, caso contrário, negando a cidadania, provavelmente, ocorre a produção da vida nua.

O acontecer da vida tende a ter relação com a gerência do poder soberano, “a vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente” (AGAMBEN, 2010, p. 146). Fica fácil compreender esse acontecer, basta pensar no homem ocidental, um homem que esvaziou sua capacidade crítica. Esse homem moderno está engessado no mercantilismo da vida³; esse homem adentra uma lógica capitalista que se tornou religião, em que é fácil de ser manipulado pela mídia justamente por esta lógica capitalista. Nesse tempo, Deus é como o dinheiro (AGAMBEN, 2012).

Essa é a humanidade que pode ocasionar uma ausência do espírito crítico, levando a crer que o estado de exceção possa ser algo natural das democracias, sendo presenciada como direito legítimo, e não como exceção. O que era para ser um dispositivo com um limite temporal, algo provisório, passageiro, apenas para

³ Um caso exemplificativo que Giorgio Agamben utiliza pode ser ilustrado por meio do museu, ele pode ser qualificado por suas condições estruturais, mas também apresenta dimensões valorativas que interferem na definição da vida humana, porém o que se percebe em vez disso é um abandono desse sentido (AGAMBEN, 2007e).

situações de perigo, começa a se desenvolver em situações de normalidade, como um instrumento de governo.

Giorgio Agamben inclusive é criticado por parte da linha de fundamentação utilizada para alcançar tal conclusão. Por exemplo, pode-se citar Walter D. Mignolo que entende que as interpretações de Giorgio Agamben são ricas, mas tardias; ele pensa que focar na biopolítica a partir dos refugiados e do contexto do holocausto faz com que se caminhe na direção da ignorância do abandono, pelo fato de desprezar os quatrocentos anos de história moderna/colonial. Para ele, a produção da vida nua, que o pensador italiano destaca, nada mais é algo nítido e tardio diante dos índios e negros do século XVI (MIGNOLO, 2007, p. 14).

Giorgio Agamben (2008, p. 155), então, se direciona pelo fazer sobreviver, diferentemente de Michel Foucault que prezava em aduzir sobre o fazer morrer e o deixar morrer. No entanto, Giorgio Agamben não difere sobre a biopolítica de Michel Foucault apenas nesse sentido, segundo a professora Catherine Mills (2007), da University of New South Wales, existem diversos outros aspectos que os diferem. Entre esses, a questão da metodologia utilizada por ambos os pensadores. Enquanto Michel Foucault utilizava o método histórico genealógico, Giorgio Agamben goza da ontologia sob o foco da política como meio para desenvolver seu resultado de reflexão. Outra divergência seria que Michel Foucault usa para sua construção teórica, o latim *norma*, adentrando em conexão com a regra, por outro lado, Giorgio Agamben usufrui de *nomos*. Este, diferentemente do primeiro, vem do grego e se direciona mais com a lei em si, com seu uso tanto como aplicação quanto como suspensão, gozando da ideia de exceção.

Contudo, o pensador italiano já observa práticas de exceção no passado e ele apenas pensa como exemplo para fundamentar sua linha de pensamento, mas não quer ignorar as demais. O exemplo funcionaria como algo para não se prender no tempo, mas sim para demonstrar que ele pode ser visto ao longo do tempo. Linha de raciocínio esta que pode ser presenciada por Alex Murray (2010), quando explica que existe diferença entre Michel Foucault e Giorgio Agamben quando se pensa na origem do conceito de biopolítica.

Segundo Giorgio Agamben (2010) citando Karl Löwith, a politização da vida é uma das medidas essenciais da política dos Estados Totalitários. Por outro lado, se é desse jeito em Estados totalitários, também é em meios democráticos. Dessa forma, o que é essencial ao totalitarismo de alguns Estados, ocorre com

normalidade em ambientes democráticos, mesmo que seja camuflado pela aparência de legitimidade. Nesse diapasão, a produção da vida nua não tem um ponto de referência, sendo assim, “as distinções políticas tradicionais (como aquelas entre direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, privado e público) perdem sua clareza e sua inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação” (AGAMBEN, 2010, p. 128).

Destarte, o que era para ser considerado extraordinário já se tornou ordinário em diversos momentos da história da humanidade, basta observar Hitler e Mussolini, ambos se destacam historicamente por transformarem um momento de normalidade em extraordinário. Os próprios cidadãos já enxergam, ao longo de suas histórias, um paradigma de governo muito usual nos momentos de crises governamentais, mas não só nesses momentos.

Existiria, assim, espaços de vida nua que materializariam o estado de exceção permanente, os quais Giorgio Agamben intitula de campo. Nesses espaços, existe indistinção entre o direito e o estado de exceção. É significativo afirmar que esse campo está presente também nos ambientes democráticos. Pensando dessa forma, fica claro que a produção da vida nua se encontra localizada nesses mesmos ambientes qualificados de democráticos.

Então, se existe essa zona de indistinção em que se constata o estado de exceção se tornando direito, a título de exemplificação, isso historicamente já foi constatado, basta pensar nos campos de concentração nazistas, locus que tentou implementar uma exceção permanente. No caso das prisões, “o direito carcerário não está fora do ordenamento normal, mas constitui apenas um âmbito particular do direito penal, a constelação jurídica que orienta o campo é, como veremos, a lei marcial ou o estado de sítio” (AGAMBEN, 2010, p. 27). Assim,

O que aconteceu nos campos supera de tal modo o conceito jurídico de crime, que amiúde tem-se deixado simplesmente de considerar a específica estrutura jurídico-política na qual aqueles eventos se produziram. O campo é apenas o local onde se realizou a mais absoluta *conditio inhumana* que se tenha dado sobre a terra: isto é, em última análise, o que conta, tanto para as vítimas como para a posteridade (AGAMBEN, 2010, p. 173).

Nesse sentido, o campo sem encontra como “[...] espaço absoluto de exceção, é topologicamente distinto de um simples espaço de reclusão” (AGAMBEN, 2010, p. 27). Ora,

O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal (AGAMBEN, 2010, p. 175-176).

Diante do exposto, reconhece-se que não está mais segura aquela visão de que o estado de exceção só irá acontecer com delimitado grupo social, a vida nua não se encontra excluída, distante das democracias, bem como é perceptível o estado de exceção se perpetuando dentro das democracias, aliás, “certas formas democráticas podem se tornar totalitárias, não é simples uma questão teórica, mas sim um exemplo histórico” (CASTRO, 2013, p. 30).

1.4 Limiar

Consubstanciou-se, basicamente, como origem desta tese, o encontro de dois filósofos, no qual há grande espaço para essa reflexão. Um dos filósofos foi Giorgio Agamben, a opção por esse filósofo contemporâneo foi dada em razão da pontualidade de suas reflexões, qualificadas pela leitura dos acontecimentos do cotidiano. No que se refere às obras utilizadas de Giorgio Agamben, nesta tese, centrou-se em parte de seu projeto filosófico intitulado de *Homo Sacer*, recorrendo, especialmente, às obras *Poder soberano e a vida nua* e *Estado de exceção*.

O capítulo de abertura desta pesquisa explorou o conceito de estado de exceção. Para tanto, foi utilizado o pensamento de Giorgio Agamben e de seus interlocutores que tentam compreender o estado de exceção. Nesse sentido, existem aproximações entre a violência e o estado de exceção, talvez tenha sido uma das partes mais complexas do capítulo, entender o estado de exceção, dado que ele se localiza num espaço de indistinção entre o jurídico e o político, perante o direito que não perde sua validade, mas tem sua suspensão submergida. Por isso, situa a vida humana em uma zona limite entre a morte e a vida.

Narrou-se, caminhando para o final desse capítulo, sobre os dispositivos, os quais se encontram em quaisquer locais, sobre a relação da violência e a ação humana, bem como da pessoa destituída de seus direitos. Tudo isso com o intuito de dar elementos para a compreensão do próximo capítulo. Esse capítulo foi

finalizado levantando-se compreensões importantes em torno da gestão da vida, como o conceito *homo sacer* perante o estado de exceção e as interlocuções com o conceito de vida nua. Nesse diapasão, a vida que é absolutamente matável e insacrificável se insere em meios à exceção.

Nesse sentido, a vida natural está cada vez mais politizada, sendo que se constatou, por meio do pensamento de Giorgio Agamben, que a vida se localiza mediante a bifurcação inclusão e exclusão, ao tempo que se inclui a vida, ela é excluída do sentido jurídico e político. Em vários momentos do primeiro capítulo denunciou o que se deveria entender como vida exposta ao estado de exceção, designado como vida nua.

CAPÍTULO 2 – A PERDA DO STATUS DE PESSOA NO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

“De acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa” (Günther Jakobs).

O direito penal é uma das subáreas do direito que permite determinar qual conduta será delituosa, demonstrando para a sociedade quais comportamentos não podem ser desenvolvidos, pois serão considerados crimes. Ora, imagina-se que sua utilização deveria ser usufruída quando ocorresse conduta tipificada pelo Código Penal, em especial, para estabilização de certa ordem, de modo a garantir a neutralização da perturbação, portanto deveria ser relegado a seu papel social. Acontece que não é bem isso que está ocorrendo na sociedade.

Também é essencial pensar que o direito penal, por meio de suas punições, restringe direitos fundamentais, a própria punição limita a capacidade de ir e vir de alguém. No entanto, o Estado tende a ter a legitimidade do monopólio do punir, acompanhado, é claro, de seus limites legais. Limites estes que devem ser cumpridos nas garantias de sua finalidade. Sendo assim, tanto Estado quanto sociedade deveriam respeitar os respectivos limites legais.

Dessa forma, o direito penal que se manifesta perante coesão social, naqueles que desrespeitam o direito, ou seja, desobedecem a lei, precisaria acarretar consequências, mas sem negar o outro como pessoa, pois se encontraria, ainda, como sujeito de direitos e deveres.

Mas tudo indica que o que está acontecendo é que, quando esse indivíduo não tiver a capacidade para retornar para a sociedade, poderá ser observado como inimigo, não mais como cidadão, pois ele desafia a fidelidade ao ordenamento jurídico. Isso porque, provavelmente, não respeitará as dimensões jurídicas estipuladas para o bom convívio social (LOAIZA, 2016, p. 7, tradução nossa). Desse modo,

A possibilidade de coexistência de diferentes tradições não era politicamente conveniente para projetos nacionais em que as fronteiras e a “única tradição possível” formavam uma pele de difícil intercâmbio. Isso não permitiu superar os imaginários que consideram a sociedade como um corpo que pode ser acometido pela “doença”, representada pelos não assimilados, que não se enquadram no protótipo cultural dos projetos políticos conservadores.

Nessas circunstâncias, a ideia do amigo-inimigo se consolidou para a política e o direito, especialmente o direito penal [...] (LOAIZA, 2016, p. 7, tradução nossa)⁴.

Vale trazer à colação que algumas situações presenciadas, desrespeitando o império da lei, ocorrem, principalmente, com aqueles que são consideradas como inimigos da paz pública. No livro *Direito penal do inimigo*, Günther Jakobs certificase em explicar a singularidade de tratamento jurídico que alguns indivíduos considerados inimigos recebiam. Como problema, ele percebeu que ocorria uma negação da humanidade, isso quando não acontecia o abandono do uso da lei. Nesses termos, este capítulo irá se aventurar nesses moldes ao abrir um olhar para o direito penal do inimigo de Günther Jakobs, demonstrando e, ao mesmo tempo, questionando, a perda do status de pessoa que ele levantou.

Essa interpretação do direito penal do inimigo chamou a atenção pelo fato de constatar a supressão de direitos e garantias fundamentais em prol de segurança, posto que, a partir do momento que se observam sujeitos desprezando as leis, contendo uma relação de inimizade com a sociedade, dissemina a linha de pensamento do direito penal de exceção. Observam-se medidas penais autoritárias prezando até mesmo pela própria segurança do ordenamento jurídico. Por isso, neste capítulo, há uma parte dedicada a apresentar as fontes dessa perspectiva, no sentido de identificar a construção da linha de pensamento do direito penal com o foco no inimigo.

Dessa forma, o pensamento de Günther Jakobs constitui hoje como uma das referências obrigatórias quando se pensa sobre esse tema, para Julián Rivera Loaiza (2016, p. 5, tradução nossa), Günther Jakobs:

[...] é o herdeiro mais visível de um passado que se recusa a morrer e, portanto, de suas montanhas mais altas nos mostra o que está em jogo para além da imagem no espelho; seu pensamento destaca aquelas linhas “desconfortáveis” que desenham a verdadeira face do direito penal, a dimensão complexa em que está envolvido, situado à beira do abismo: o tratamento dos inimigos e o uso do processo penal para combater, não julgar, a determinados indivíduos

⁴ “La posibilidad de coexistencia de distintas tradiciones no era políticamente conveniente para proyectos nacionales en los cuales las fronteras y la “única tradición posible” conformaban una piel difícilmente intercambiable. Esto no permitió superar los imaginarios que consideran a la sociedad como un cuerpo que puede ser aquejado por la “enfermedad”, representada por aquellos que no se han asimilado, que no encajan en el prototipo cultural de proyectos políticos conservadores. En esas circunstancias se consolidó para la política y el derecho, especialmente el derecho penal [...]”

considerados como fontes de perigo, de quebra da ordem, aqueles que não têm capacidade de integração na sociedade [...]”⁵.

Vale destacar que, há várias décadas, esse jurista já informava o que estava acontecendo na Europa, principalmente na Alemanha. Embora não haja um consenso por parte dos juristas em torno do direito penal do inimigo, havendo diversas críticas, a grande maioria dos interpretadores em Günther Jakobs entendem que essa teoria originou uma proposta de política criminal punitivista a qual legitima ultrapassar os limites legais. Assim, o capítulo dialoga com as fronteiras conceituais dessa concepção teórica para compreender melhor de onde surge essa linha de pensamento tão conflituosa de Günther Jakobs sobre as pessoas que praticam alguns tipos penais e que, daí em diante, são consideradas inimigas.

E é a partir dessa contradição que se iniciará este capítulo, designando a denúncia de Günther Jakobs, a fim de compreendê-la com rigor de sua evolução temporal, já que existe essa contradição entre proposta e constatação. Agora, se esse direito penal qualificado como meio de enfrentar o inimigo é plausível ou não, isso não se encontra como escopo desse capítulo. Nesta parte, faz-se uma reflexão filosófica, observando o direito penal do inimigo e a sua relação com a desconsideração do status de pessoa.

Estas são as reflexões realizadas, muitas vezes, ocultas ao senso comum jurídico criminal: Se o jurista considera praticamente o que está acontecendo com o direito penal no mundo e sugere ou alerta a sociedade dos perigos que essa compreensão possa ocasionar; ou se faz uma constatação do fenômeno e não uma fundamentação em prol de instrumentalizar politicamente o direito penal do inimigo. As respostas para são observadas no decorrer desta parte inicial. Por isso o tópico preliminar do capítulo é denominado de *a denúncia de Günther Jakobs*.

Pois bem, o que ocorre perante o direito penal, a perda do status de pessoa e o desenvolvimento institucionalizado das inimizades disseminado no campo jurídico penal é algo que deve ser esclarecido, por isso é refletido sobre o direito penal do inimigo na primeira seção deste segundo capítulo.

⁵ “es el heredero más visible de un pasado que se resiste a morir y, por tanto, desde las montañas más elevadas del mismo nos muestra lo que está en juego más allá de la imagen en el espejo; su pensamiento pone en evidencia aquellos trazos “incómodos” que dibujan el verdadero rostro del derecho penal, la compleja dimensión en la que está envuelto, ubicado al borde del abismo: el tratamiento de los enemigos y la utilización del proceso penal para combatir, no juzgar, a ciertos individuos considerados como fuentes de peligro, de ruptura del orden, aquellos que no tienen la capacidad de integrarse a la sociedad.”

2.1 A denúncia de Günther Jakobs

Interessante pensar que a linha de raciocínio sobre o direito desprezando o status de pessoa, propondo um olhar como inimigo, abrange uma história em seu desenvolvimento. Assim, o pensamento final sobre o direito penal do inimigo é contemplado, via construção inicial, contendo diversas fontes, transitando esse posicionamento por uma evolução temporal, sendo que não se alcança essa linha por mero acaso do destino, vem de uma evolução de pensamento que se percebe através de sua própria bibliografia. Mas, o que se sabe, inicialmente, sobre Günther Jakobs é que ele é

Discípulo de Welzel, desde a década de 60 de Jakobs contribui para a discussão da ciência penal por meio da construção de um sistema de direito penal inovador. Em que pese a inegável influência de seu mestre, sua proposta teórica assenta-se “sobre fundamentos metódicos totalmente diferentes aos do finalismo”. Após defender sua tese de doutorado em 1967, *Concurso de crimes de homicídio com crimes de lesão corporal*, habilita-se em 1971 como professor de Direito Penal, Processo Penal e Finalidade do Direito, tendo como base o trabalho *Estudos sobre delito culposos de resultado*, e em 1983 é publicada sua grande obra, *Direito Penal, Parte Geral. Fundamentos e teoria da imputação*, com uma segunda edição em 1991. Sua contribuição, entretanto, não para por aí. Antes mesmo do Tratado é publicado *Culpabilidade e prevenção*, de 1976, que apresenta um conceito de culpabilidade já distinto da doutrina majoritária, além das principais formulações sobre a prevenção geral positiva. Em 1992 é editado o *O conceito jurídico-penal de ação* e, em 1993, também é publicado o artigo *O princípio da culpabilidade*. O famoso *Norma, Pessoa, Sociedade*, já na terceira edição (2008), foi publicado pela primeira vez na Alemanha pela editora Dunckler & Humboldt em 1997. Dentre os escritos recentes, *A pena estatal: significado e finalidade*, de 2004, *Terroristas como pessoa no direito?*, de 2005, e *Coação e personalidade*. Reflexões sobre uma teoria das medidas de coação complementárias à pena, de 2009, devem ser destacados, já que neles Jakobs manifesta-se detalhadamente sobre o chamado “*Direito penal do inimigo*” (BARREIRA, 2014, p. 16-17).

Além disso, importa recordar que, no ano de 1985, em um seminário de direito penal, em Frankfurt, houve um diálogo sobre um tema que identificava situações peculiares do tratamento do direito penal em relação a algumas pessoas. Naquela seara, foi elucidada de forma divergente do que seria proposto por diversos juristas em anos posteriores àquele evento. Naquela oportunidade, foi narrado que

algumas pessoas eram tratadas como inimigas do Estado, desrespeitando o estado de direito, sendo que o inimigo, naquele seminário acadêmico, era um conceito aberto, amplo.

Por sua vez, o evento chamou atenção pelo fato de que Günther Jakobs, professor emérito de filosofia do direito e direito penal da Universidade de Bonn, pronunciava qualificando o direito penal sob o foco do inimigo. Nesse instante, o jurista também levantou tendências sobre o direito penal de exceção as quais eram vigentes na Alemanha, em outras palavras, o jurista elencava a existência de práticas de exceção, sendo que existiriam dois direitos que não seriam semelhantes, mas estariam dentro do mesmo ordenamento jurídico.

Diga-se de passagem, que essa fala em torno do inimigo não seria uma sugestão política totalitária dele, pelo oposto, seria uma descrição de certas narrativas que aconteciam dentro das democracias, ou melhor, diante do Estado de Direito alemão. Uma delas, observada por Günther Jakobs (1997), seria a criminalização na fase anterior a lesão do bem jurídico. Ele expressa algo que, em regra não poderia ser normal perante o direito penal, a punição antes mesmo da lesão do bem jurídico, ou seja, algo estava acontecendo, a prática da exceção à lei e com normalidade, a antecipação da pena.

Perceba que, nessa primeira fase do pensamento de Günther Jakobs, sua denúncia, diante do que estaria acontecendo, não tem uma limitação taxativa, como se verá em momento posterior, em sua visão sobre o direito penal. Aqui, ele, inicialmente, destaca o risco do bem jurídico, sendo que esse risco pode ser ocasionado em razão de diversas circunstâncias. Em relação a isso, Cornelius Prittwitz (2004, p. 915) explica que:

[...] aquilo que em 1985 recebeu aplausos dos colegas, ficando, no entanto – por ser (demasiadamente crítico) – sem grande repercussão, em 1999 foi recebido pelos colegas com descrente espanto, em contrapartida sendo muito aplaudido por grupos que certamente não são do agrado de Jakobs. O que tinha mudado? Partindo da sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de direito penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, direito penal do inimigo, coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985 [...]. Para se justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixem ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo. É preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal

do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito penal “do cidadão” e um “direito penal parcial do inimigo”.

Identifica-se, por essa citação, que, em 1999, foi a primeira vez que Günther Jakobs citou o que ele intitulou de direito penal do inimigo, porém, nessa seara, ele ainda tinha o entendimento do que deveria ser evitado, e também aprofunda um pouco melhor em como estavam desconsiderando a ideia de pessoa (JAKOBS, 2000). De fato, pode-se dizer que tal concepção teórica conteve certa evolução ao longo do tempo, inclusive, na própria visão de Günther Jakobs, houve alterações a partir dessa data, uma delas foi a constatação do desenvolvimento dessa narrativa em casos de delitos mais graves, atingindo bens jurídicos individuais.

Em 2000, houve mais uma construção teórica sobre o assunto. Günther Jakobs (2000) observou a juridicidade da exclusão, isto é, como que ocorreria a exclusão do inimigo perante a normativa jurídica positivada. Nesse mesmo momento, o jurista alemão destacou o exercício de poder que ocorre perante o direito penal internacional, já que este não tem características próprias da normativa penal, como a coerção, e sim uma mera relação de poder.

E é justamente a partir de 11 de setembro, em 2001, data que houve o atentado terrorista que aconteceu nos Estados Unidos, que o próprio Günther Jakobs começou a promover sua concepção teórica sobre o direito penal do inimigo, destacando cada vez mais a interpretação do terrorista como inimigo. Em 2003, Günther Jakobs chega até falar que a ciência penal passa a ter algumas tendências concedidas em razão de diversos fatos, entre estes, o processo de internacionalização, os contatos anônimos, a preponderância do domínio econômico, a consciência do risco e a uniformização dos comportamentos das massas (JAKOBS, 2003b).

Quando se pensa que a sociedade mantém suas relações sociais em meios às relações subjetivas anônimas, não se tem como saber, por exemplo, quem é o caminhoneiro que uma empresa contratou, ou se ele vai conduzir o transporte com imprudência. Apresenta-se, assim, uma condição de risco socialmente aceitável. Não tem como saber o que cada um na sociedade vai se manifestar perante suas vidas, de modo a se defender dos riscos. Ademais, o que ocorre com um único indivíduo na sociedade é algo isolado, não deve ser dado a alta atenção e relevância, mas, a partir do instante em que esse comportamento começa a se tornar contínuo e uniforme nas massas, origina-se o momento de se preocupar. Algo

que é isolado está se transformando num comportamento social e isso deve ocasionar a atenção relevante.

O escopo precípua ser a vantagem econômica acima de quaisquer situações, não se deve ser deixado de lado que isso afeta as relações jurídicas. Isso pode desencadear um processo de conscientização de que mais importa o lucro do que as pessoas em si. Do mesmo modo acontece com o mundo jurídico, a internacionalização, inclusive do direito, faz com que ocorra o abandono do respeito normativo, principalmente, com normas internacionais. Existe tanto respeito normativo por diversos ordenamentos que o Estado não consegue gerenciar a legalidade, isso ainda por ausência de uma compreensão do próprio significado dessas normas ante o multiculturalismo existente. Nesse momento, observa-se que são diversos fatores que fazem imaginar o risco.

A seguir em seu pensamento, a descrição do que estava acontecendo, perante o direito penal, em relação a alguns indivíduos, como os terroristas, passa aparentemente não ser mais uma constatação e caminha no sentido de ser orientação. E é aqui que se iniciam as diversas interpretações em torno do pensamento de Günther Jakobs sobre o direito penal do inimigo: se sua narrativa entraria como contextualização dos acontecimentos ou indicação de como agir em determinadas situações em que os indivíduos negam a legitimidade do sistema legal por valores próprios.

Para não haver dúvidas que Günther Jakobs (2003a) apoia essa vertente, em um texto publicado em Valencia, na Espanha, esse parecer em prol do direito penal do inimigo fica bem mais claro, já que o jurista adota a linha de entendimento da necessidade de um direito penal emergencial, elevando-se as penas e originando mais tipos penais. Essa alternativa seria a única oportunidade para garantir a eficácia em sua opinião, ou seja, Günther Jakobs, inicialmente, não fundamenta a prática contra o inimigo utilizando a nomenclatura que vem em momento posterior a ser empregada.

Ademais, Günther Jakobs fundamenta sua fala agregando o entendimento de que os imperativos de comportamento dependem do meio social. Um comportamento desviante, então, tem relação com o processo de comunicação entre sujeitos perante a sociedade. Por ora, complementando, inclusive cita que

o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade (JAKOBS, 2003a, p. 94-95).

Para Günther Jakobs (2003a, p. 7), “é impossível separar o direito penal da sociedade”. Se a sociedade opta por certas condutas, pactuaria com elas, observando-as como legítimas, entretanto, haveria pessoas que provavelmente não cumpririam essas condutas desejáveis. Esse comportamento geraria o que se chama de crime, comportamentos sociais adversos do pactuado. O direito penal vem nesse sentido. Assim, teria o papel de confirmar a identidade normativa social, a ponto dele, isto é, o direito penal, servir de reforço cognitivo como meio de demonstrar a proibição de condutas repudiadas socialmente, as quais estariam prescritas em lei.

Günther Jakobs, em 2003, apresenta, então, o entendimento de que:

Cabe pedir ao direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada ao sistema social, do mesmo modo que inversamente o direito penal pode recordar à sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis. Por isso deve ser compatível com as condições da evolução. Nem o sistema social nem o sistema jurídico saltam por cima de sua própria sombra (JAKOBS, 2003a, p. 7-8).

Haveria, dessa forma, máximas a serem cumpridas não só perante a sociedade, mas também perante o direito. Como ele mesmo já disse, existe uma conexão entre o direito penal e a sociedade, pois a sociedade é moldada pelas suas próprias leis as quais configuram a identidade social. Nesse sentido, basta pensar que a pena se comunica com os indivíduos punidos e, conseqüentemente, com a sociedade, portanto não se limita a quem realizou a conduta. Entende-se que a comunicação é social, já que o direito é a própria estrutura social, e sua pena tem o sentido de gerar uma comunicação à sociedade, mesmo naqueles que tenham certa fidelidade ao direito, de modo que terceiros se abstenham de cometer delitos.

O abster-se de cometer delitos não é a qualidade essencial da finalidade da punição, mas o que se entende como primazia da punição é a sociedade compreender que o êxito é a confiança normativa, ou melhor, é identificar a vivência normativa. Como Günther Jakobs (1997, p. 128) diz, “é correto confiar na vigência

normativa”, sendo que, por outro lado, o delito nada mais é do que a falha de comunicação.

O que parece complementar esse entendimento é a sustentação das penas serem públicas. Existe aí um propósito, identificar o crime como crime. A partir do momento que as penas se enquadram como públicas, ocorre a “confirmação da configuração normativa concreta da sociedade” (JAKOBS, 2006a, p. 645). Assim, a pena tem uma função importante como a própria legislação também.

Por função da pena, pode-se dizer que é a prevenção, embora ela aparente ter apenas a função sancionadora, observar apenas essa última consequência é limitar a visão sobre a punição perante o direito penal. Dessa forma, como a pena irá agregar alguma consequência por meio de sua aplicação ou previsão legal, espera-se que ela gere uma confirmação da estabilidade social, ocorrendo, assim, uma prevenção geral tanto positiva, via sancionadora pelo próprio tipo penal, como negativa, via efeito de intimidação (JAKOBS, 2003a).

Portanto, a pena tende a ter tanto um viés diretivo quanto um viés preventivo quando um delito ocorre, este se encontra como afirmação da objeção, deve ocorrer a punição. O problema é que algumas situações dificilmente concretizarão a punição, a pena se qualifica pela sua insuficiência. Ora, se um indivíduo comete atos de terrorismo, o direito penal só agiria após esses atos, o estado de direito, no qual se preza pela tutela, restaria insuficiente para tal fim.

Desta feita, a ideia de pena só condiz se for para uma pessoa, se for considerar uma não pessoa, isto é, um inimigo, não faz sentido idealizar a pena, já que ela não agregará o resultado aguardado. Como Günther Jakobs (2004, p. 56) diz sobre a pena: “só tem um significado porque ele é pessoa”. Nesse diapasão, quando alguém pratica um delito, esse delito se encontra como uma quebra de estrutura, ou melhor, uma negação estrutural, enquanto a pena serviria para reafirmação dessa estrutura. Percebe-se que o crime é a negação e a pena é a reafirmação da estrutura.

Enfatiza-se que, na sociedade, possam existir normas de modos divergentes, dessa maneira, a sociedade se apresentaria por meio de um contexto de comunicação. Nesse sentido, parte das normas são originadas de modo racional, no qual não necessitaria da estabilidade, da eventualidade; e parte não teria a qualidade de autoestabilizar-se. Nesse segundo caso, existe uma dependência com a conduta humana, se ocasionar algum resultado, aí advém a norma, na qual se

destaca a contingência. Aliás, é, nessa última, que se enxerga o direito penal (JAKOBS, 2003a).

Logo, existem normas primárias e secundárias, a primeira direcionada aos cidadãos; e a segunda, ao poder judiciário, no caso, aos magistrados. O importante é pensar que não adianta dar efetividade apenas às normas secundárias, sem obter esse mesmo resultado nas normas primárias. De nada adiantaria, pensando numa harmonia social vigente, ter efetividade nas normas apenas em uma instituição.

Por meio disso, obtém-se o significado de que, quando ocorre um delito, prezando que essa linha de raciocínio exemplificativa imagina a norma primária contendo sua efetividade, o cidadão o qual praticou o ato seria punido. Como ele detém valores, a dor da punição penal seria superior, seria diferente se ele não tivesse esse valor inserido. Günther Jakobs (2003c, p. 55) intitula isso de “vigência direta da norma primária”. Pensando assim, se ambas as normas são respeitadas, a pena se justifica, e, quando ocorrer um ato delitivo, será interpretado como algo negativo, podendo ocasionar um comportamento natural de fidelidade ao direito.

Portanto, se quer tutelar determinada sociedade, devem ser respeitadas suas normas. Mediante isso, fica claro que deva existir proteção às próprias normas, uma vez que “o direito não é o muro construído para proteger os bens, e sim a estrutura que garante a relação entre as pessoas” (JAKOBS, 2005, p. 33). Por isso a preocupação do direito penal do inimigo não é com o subjetivo, com o interior de cada pessoa, mas sim com a estrutura normativa que se comunica perante a sociedade.

Acontece que ninguém se orienta apenas com base normativa, a expectativa que a norma se insere para ocasionar algum tipo de comportamento necessita de base cognitiva, até mesmo se uma pessoa tem respeito ao ordenamento jurídico, ela precisa de base cognitiva. A orientação normativa deve ser real na sociedade, ou seja, ela deve estar viva no ser, não adianta a norma estar vigente, se o sujeito não a respeita (JAKOBS, 2006a).

Por isso a pena tem uma dupla finalidade: uma delas seria seu aspecto simbólico, já que é consequência do comportamento equivocado; a outra seria o aspecto de restabelecer o cognitivo social, o medo de realizar tal feito para não ser punido, seja no delinquente seja na vítima. Ora, diante disso, o ideal da punição é ocasionar a dor penal, não no sentido físico, mas internamente, no sentido dos axiomas internos.

O direito existe apenas se ele conseguir transmitir sua orientação, caso contrário, praticamente não tem vigência, de que adiantaria estar promulgada uma norma se ela não tem eficácia, se a sociedade não a reconhece como tal. Desse modo, o direito penal não teria o objetivo de efetivar uma segurança completa das pessoas, ele tem outro escopo, o de garantir a eficácia do ordenamento jurídico, desenvolvendo a prevenção geral positiva (JAKOBS, 2006a). O direito penal, portanto, tende a orientar as pessoas a conduzir suas vidas respeitando as leis.

Em contrapartida, a dúvida que restava em torno da proposição do direito penal do inimigo é solucionada em março de 2005, na Alemanha. Günther Jakobs desenvolve sua linha de pensamento se assimilando como defensor da teoria. Quem sabe essa linha de pensamento advém em razão de que:

Jakobs faz parte da geração educada no pós-guerra por professores formados no passado que eles tentaram superar. Sua formação ocorreu nas difíceis circunstâncias de uma sociedade em que o ensino e a aplicação do direito penal nacional-socialista estavam nas mãos de professores que continuaram sua atividade intelectual após a guerra, em um quadro que era possível a continuidade das teorias e estigma de vincular seus autores a um tempo que eles queriam esquecer. Uma geração diante de um abismo que não trouxe consigo rupturas “totais” em relação à velha ordem, mas apenas a neutralização de certos elementos do nacional-socialismo – praticado sob égide desse projeto totalitário – que não era mais possível manter na “nova aurora” e a defesa de algumas categorias jurídicas que se articulavam aos novos postulados de uma “ordem democrática”. As circunstâncias sociais de tempos posteriores mostrarão que mesmo nas “democracias” existem cenários possíveis para implementação do direito penal como os juristas do nacional-socialismo conceberam (LOAIZA, 2016, p. 8, tradução nossa)⁶.

Por isso é mais importante delimitar o direito penal do inimigo, ou seja, onde deve ser utilizado, pois “claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito penal com

⁶ “Jakobs hace parte de la generación educada en la postguerra por profesores formados en el pasado que se intentaba superar. Su educación se produce en las difíciles circunstancias de una sociedad en la cual la enseñanza y aplicación del derecho penal nacionalsocialista estuvo en manos de profesores que continuaron su actividad intelectual luego de la guerra, en un marco en el que fue posible la continuidad de las teorías sin el estigma de la vinculación de sus autores a una época que se quería olvidar. Una generación enfrentada a un abismo que no trajo consigo rupturas “totales” en relación al antiguo orden, sino sólo la neutralización de ciertos elementos propios del nacionalsocialismo –practicados bajo la égida de ese proyecto político totalitario— que ya no era posible mantener en el “nuevo amanecer” y la defensa de algunas categorías jurídicas que fueron articuladas a los nuevos postulados de un “orden democrático”. Las circunstancias sociales de épocas posteriores mostrarán que incluso en las “democracias” son escenarios posibles para la implementación de un derecho penal como lo habían concebido los juristas del nacionalsocialismo.”

fragmentos de regulações próprias do Direito penal inimigo” (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 49).

Em 2009, houve um texto publicado por Günther Jakobs sobre os terroristas como pessoas no direito, nele menciona sobre a contaminação do direito penal pelo direito policial. Nessa seara, o jurista traz alguns posicionamentos que são conclusivos pelo seu dolo em prol do direito penal do inimigo. Um exemplo que ele utiliza é representado pelo caixa, ou seja, “ninguém, por exemplo, confia o caixa a um fraudador; a relação desta conclusão simples, observável no cotidiano, fica logo nítida com o tratamento de terroristas” (JAKOBS, 2009, p. 30). Posto isso, ele entende que tem alguns indivíduos que não devem ser tratados como pessoas, enquanto outros, que têm fidelidade segura ao direito, serão tratados como pessoas.

Essa linha de raciocínio se desenvolve não apenas por meio de Günther Jakobs, há indícios de opções axiológicas prezando por algo não tão idêntico, próximo a essa vertente de desconsiderar pessoas como cidadãos, basta notar o entendimento de Mary Douglas em torno do conceito de *sujeira*, em meados de 1966. Esse conceito demonstrava que a sujeira afeta, conseqüentemente, a ordem, por isso “eliminá-la não é um movimento negativo, mas um esforço positivo para organizar o ambiente” (DOUGLAS, 1966, p. 12); ou pode ser presenciado, até mesmo, via Adolf Hitler (2003, p. 330), pois, em seu livro *Mein Kampf*, desenvolve a ideia de que “o indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos”. Ambas as situações caminham no sentido da ideia de deixar de lado o estado de direito em alguns casos.

Não é pelo fato de se aceitar o direito penal do inimigo que ele será utilizado para quaisquer situações, nem por isso

O Estado não deve arriscar de propósito sua configuração. Quando se fala de direito penal do inimigo, isso não significa o mesmo que “processo sumário”, “pena com base em suspeita”, “esquartejamento público em prol da intimidação” ou algo parecido (certamente que isto não resolve o problema dos limites do direito penal do inimigo). Segundo, deduzir do conceito *abstrato* de Estado de direito uma resposta à questão da legitimidade é algo sem valor. Um Estado que desconhece a custódia de segurança, que pune a formação de uma organização terrorista somente como ato contra a ordem pública, que não tem conhecimento da incomunicabilidade de suspeitos, de escutas e de “informantes”, entre outros, só é concebível de maneira *abstrata*. Somente para este Estado abstrato a ideia de Estado de direito é mais familiar que a de um Estado que permite tais medidas

e operações. De maneira concreta, a renúncia a essas operações pode esvaziar o direito do cidadão à segurança, e esse direito à segurança é apenas outro nome para o direito à situação de efetiva vigência do direito. Assim como nos casos discutidos acima a respeito dos conceitos de pessoas e de validade de direito, um Estado de direito não se torna efetivo porque foi pensado ou postulado; e quem acredita que no Estado de direito tudo deveria ser efetivado, sempre sem restrições, deveria saber que, na realidade concreta, este “tudo” é acompanhado por um “ou nada” (JAKOBS, 2009, p. 33).

Veja que esse conceito não deve ser aplicado a qualquer situação tipificada por alguma norma, mas a fatos criminais que ocasionarão efeitos colaterais, que poderiam gerar graves danos posteriores. Günther Jakobs (2008) não abre para a subjetividade, ele entende ser equivocado utilizar da pessoalidade para compreender o direito penal. O que se deve fazer é partir da ciência para análise do direito penal, e não partir da realidade pessoal para tal estudo. Esse é um dos motivos que leva o jurista a se apropriar de peculiaridades da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, principalmente, quando fundamenta sua análise em torno do direito como comunicação.

Sendo assim, quando existe quebra das expectativas normativas convencionadas, afastando a fidelidade do ordenamento jurídico vigente, não deve ser proposto absolutamente o direito penal do inimigo, por ele não se tratar de um meio para tutelar a vida, a honra, mas sim por manter a vigência normativa. Se não for assim, o direito penal do inimigo começa a contaminar o direito penal do cidadão e justamente aqui está a parte perigosa da reflexão.

A realidade é tão complexa que ela não permite as pessoas observarem a exceção como exceção, o direito penal do inimigo como direito penal do inimigo, mas sim como direito penal. Por isso Günther Jakobs (2009, p. 36) aduz que “o Estado de direito imperfeito se apresenta como perfeito por meio de um uso ideológico das palavras”. Dessa maneira, o direito penal do inimigo vem com a aparência de direito penal, tem aparência jurídica de legalidade e legitimidade.

Também pode acontecer de o inimigo ser considerado, preliminarmente, cidadão, desprezando a prática do direito penal do inimigo e utilizando a praxes do direito penal do cidadão que nada mais é do que próprio direito penal. Apenas inicialmente e mediante a isso, se for optado por ser representado como delinquente (cidadão), tipificando seus atos e o processando preliminarmente dentro dos limites

legais, não se deve achar anormal unir o conceito de guerra ao de processo penal, tornando-se inimigo após via processual jurisdicional.

Ora, para Günther Jakobs (2009), não há dúvida de que isso possa acontecer, principalmente, por entender que um delito praticado não deixa de ser um delito, não importa o grau de lesão, será um delito; e por compreender que esse delinquente-cidadão não terá um processo penal normalizado, pois circunstâncias internas ao ser humano se exteriorizam no processo, dessa forma, não há como controlar as paixões, muito menos as reações diante disso tudo. Nesse sentido, na opinião de Günther Jakobs, de um modo ou de outro, haverá o direito penal do inimigo.

Um exemplo seria a possibilidade de não se aplicar o direito penal do inimigo a uma pessoa que praticou um atentado terrorista que ocasionou uma multiplicidade de mortos. Nesse caso, mesmo que não devesse olhar para essa pessoa como inimiga, o questionamento que permanece é se o magistrado conseguiria ser neutro a ponto de imaginar esse indivíduo realmente apenas como cidadão, respeitando, dessa forma, todos os seus direitos. Essa é uma das reflexões que Günther Jakobs faz, ele acredita ser muito difícil separar os fatos. O magistrado, na visão dele, não consegue decidir o decorrer do processo judicial com neutralidade, abandonando informações existentes, ele vai olhar para o indivíduo como inimigo.

No abate de aeronave, positivado no artigo 14, parágrafo 3º, da Lei de Segurança Aérea, na Alemanha, existe a possibilidade de derrubar uma aeronave em decorrência desse avião ter oportunidade de atentar contra a vida de outras pessoas. Nesse caso, vítimas civis que estariam dentro desse avião morreriam, seriam despersonalizadas, retirados seus direitos fundamentais à vida perante o direito de outros (JAKOBS, 2009). A partir desse exemplo, Günther Jakobs (2009) demonstra que não propõem o direito penal do inimigo a qualquer situação, mas apenas àquelas que os perigos podem ser emanados, gerando um efeito colateral e concretizando uma possível prevenção geral negativa por meio dessa prevenção especial.

Ademais, Günther Jakobs (2011) não concorda com o entendimento majoritário o qual compreende, como fim do direito penal, a tutela dos bens jurídicos. Isso porque a degradação dos bens faz parte da normalidade e o que é normal não é passível de punibilidade, apenas a lesão aos bens passaria pela punibilidade e não a própria degradação dos bens jurídicos, já que esta se encontra no campo da

normalidade. Assim, não existe responsabilidade penal sobre o dano que ocorre de forma natural, eventos imprevisíveis não acarretam a responsabilização criminal.

O bem jurídico e sua finalidade não devem ser o caminho em questão da preocupação do direito penal, mas sim a proteção da existência normativa, a vigência da norma deve ser a grande preocupação (JAKOBS, 2011). Portanto, mesmo sendo protegidos os bens jurídicos, o que importa para o direito penal, como objetivo geral, não é a tutela desses bens jurídicos, mas a tutela da estrutura normativa, pois é tutelando a estrutura normativa que resulta a convivência social harmoniosa.

Em entrevista, em Buenos Aires, na Argentina, em 2012, Günther Jakobs informa que não seriam quaisquer crimes privilegiados para tal fatores serem considerados inimigos. Os crimes normalmente seriam aqueles em que os indivíduos pertenceriam a organizações terroristas, alguns crimes sexuais reincidentes, como o caso de reincidência de estupro. Importa dizer que não seriam inimigos todos os crimes que fossem reincidentes, deveriam observar caso a caso e não generalizar a ponto de se ocorresse a reincidência teriam seus direitos negados (MIZRAHI; JAKOBS, 2012). É importante essa entrevista do ponto de vista dessa análise da história da mentalidade de construção do direito penal do inimigo, pois além de deixar mais lúcido seu entendimento pelo limite do uso desse direito, ao mesmo tempo, ele traz exemplos de situações que poderiam ocorrer essa prática.

Assim, é possível ver migrações no pensamento de Günther Jakobs sobre quem poderia ser o inimigo. Sua visão não permanece sólida, ela flui, migrando não mais para sua visão inicial, os terroristas, mas para algo mais amplo, porém com limites. Assim, deveria ser utilizado naqueles crimes em que o Estado não consegue mais conter, os quais comprometem a estrutura social, isso porque “quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta das pessoas, carece de realidade social” (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 09).

Garantias constitucionais, quando se aplicam ao caso do inimigo, são desprezadas e, com elas, seus direitos fundamentais. É preciso recordar que, mesmo Günther Jakobs aludindo dois direitos, um voltado para o cidadão e outro para o inimigo, ele compreende que é muito complicado separar essas duas concepções jurídicas, pois não são direitos isolados (JAKOBS, 2006b). O direito penal do inimigo se camufla no direito penal do cidadão, a exceção se mostra por

meio da legalidade, o direito penal do inimigo com aparência de legitimidade e legalidade.

São essas as modulações que ilustram o pensamento de Günther Jakobs. Deve-se deixar nítido que o conceito do direito penal proposto ao inimigo origina-se, inicialmente, como uma constatação de fatos que estavam ocorrendo, todavia encerra-se como uma política criminal bem-vinda em certas ocasiões. Tem sentido e propósito seu uso, sendo assim, uma exigência atual para o jurista.

2.2 Fronteiras conceituais do direito penal do inimigo de Günther Jakobs

Inserir-se nas fronteiras conceituais do direito penal do inimigo não é o mesmo que pensar, propriamente, apenas na sua abordagem conceitual, mas em elementos que vão dimensionar essa linha de pensamento. Ao menos, as fronteiras são suas conexões conceituais com intuito de transcender suas influências teóricas nesse modelo que enxerga um sistema punitivo direcionado ao inimigo e um outro direcionado ao cidadão.

É preciso considerar essas influências implícitas e explícitas na obra de Günther Jakobs e são várias. Desse modo, parte-se para um olhar das influências que estão em sua obra no desenvolvimento do pensamento do direito penal do inimigo. Os contratualistas que, inclusive, já teriam desenvolvido uma linha de entendimento em torno de um sistema punitivo divergente para os inimigos, são:

[...] especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios destes: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 24).

O primeiro dos contratualistas destacado por Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2018) é Thomas Hobbes, defensor da ideia de que a lei faz parte da consciência pública. Para ele, um indivíduo que não respeita a lei, na figura do representante do Estado, negando sua autoridade, deve ser interpretado como traidor e, nesse caso, pode utilizar a punição que achar melhor. Conforme a vontade da autoridade, deverá responder como inimigo do Estado.

Para Thomas Hobbes (2003), perder a condição de cidadão é complicado, não entra na esfera da simplicidade. Isso porque nem todos os crimes ocorridos

teriam como consequência perder a condição de cidadão, apenas os crimes que tivessem uma relação de rescisão com o Estado, como, por exemplo, a rebelião. Segundo ele, se no estado de natureza os homens estavam numa condição de guerra entre eles, de guerra de todos contra todos, apenas por meio do pacto social se vivencia a segurança. Entende-se, assim, que o pacto social é o único meio de oferecer segurança, mas, para que ocorra, o pacto deve ser cumprido, respeitado sem distinção.

Observando a obra desse primeiro contratualista, intitulada de *Leviatã*, a parte em que é presenciada a ideia da desconstituição da cidadania é nomeada destacando a concepção de dissolução do Estado ou de enfraquecimento deste (HOBBS, 2003). Percebe-se, assim, a justificativa dessa linha de pensamento, o traidor como inimigo e o Estado como justo e absoluto. Nessa parte, existe uma preocupação com a cessão do Estado ou de seu enfraquecimento, por isso o inimigo deve ser eliminado.

Seguindo essa parte, o cidadão existe, embora a partir do momento em que ele é considerado inimigo, nas palavras de Thomas Hobbes (2003), desertor da pátria, esse cidadão não agrega mais axiomas de confiança, por isso encerra-se qualquer pacto em relação a ele. Ele, então, é realocado ao estado de natureza, tornando-se coisa; por esse e outros motivos, é interessante pensar que, mesmo havendo essa quebra de confiança, o pacto social não perde validade para os demais cidadãos da sociedade, apenas se encerrará para esse desertor.

Nesse diapasão, os resquícios da influência desse primeiro contratualista na linha de pensamento de Günther Jakobs são nítidos, muito próximo da sua visão já que, quando é combatido o inimigo por meio da exceção, e não por vias legais, os demais cidadãos da sociedade não perdem a qualidade de cidadãos, nem a legislação é revogada, apenas é suspensa para aquele indivíduo, mas não para os demais. No entanto, não para por aí as influências dos contratualistas.

Para outro contratualista, Immanuel Kant (2010), aquele sujeito que não prega pelo respeito do estado comunitário legal e que insiste em permanecer no estado de natureza não deveria ser tratado perante o estado civil, deveria ser desconstituída sua relação de cidadã. Para o pensador, o egoísmo humano não deve ser compreendido como um bem ético e a pena deve ser um imperativo categórico. Nesse sentido, quem age de forma egoísta, prezando em satisfazer sua própria necessidade, lesionando a autonomia humana do outro, abandonando o

estado civil-legal, deve ser repellido, pois o ser humano não deve ser meio, mas fim em si mesmo.

Sabendo disso, “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa” (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 42). Nesse caso, a visão de inimigo de Immanuel Kant é próxima a de Günther Jakobs, pois o inimigo seria aquele que insiste em retornar ao estado de natureza ou quer permanecer nesses moldes, sendo aquele que se coloca como fonte originária de perigo permanente para qualquer cidadão.

Quem não tivesse cognitivo suficiente para conviver num estado civil, alcançando o patamar de segurança cognitiva suficiente, não deve ser tratado mais como pessoa. A ideia de cidadão se identifica com o conceito de pessoa, sendo que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal” (MIZRAHI; JAKOBS, 2012, p. 30). Nesse sentido, quem não tiver cognitivo para retornar ao bom convívio social com respeito à legalidade se torna fonte de perigo, esse é o caso no qual se encontra o inimigo para Günther Jakobs. Enquanto o que é qualificado como cidadão é o que é considerado pessoa, a qual garante um comportamento social de respeito à legalidade, mesmo que pratique um delito, o que tem de ser interpretado é se vai garantir ou não o respeito à legalidade em momento posterior até mesmo de sua punição.

Günther Jakobs subentende que nem todos os criminosos são inimigos, alguns continuam sendo considerados cidadãos, essa ideia parte de Immanuel Kant e de Thomas Hobbes, já que, para eles, existem criminosos que praticam condutas dentro do plano da normalidade. Então, esses cidadãos, após a execução de suas penas, poderiam retornar para a sociedade; de outro modo, havia os inimigos que seriam aqueles que realizavam os fatos de alta traição. Portanto, perduram dois tipos de delinquentes, um que será considerado inimigo e tem um tipo de tratamento diferenciado do outro que continua sendo cidadão; a um será aplicado o direito penal do inimigo, enquanto ao outro, o direito penal do cidadão; no primeiro, a figura da pessoa continua em vigor, por outro lado, quando se apresenta o inimigo se despersonaliza a pessoa, ela perde esse status de pessoa.

É fundamental destacar que esses pensadores contratualistas prezam pela ideia de contrato social em prol da segurança, no entanto tem um referencial em Günther Jakobs que não é bem assim. Esse filósofo é Jean-Jacques Rousseau.

Jean-Jacques Rousseau é outro teórico contratualista que Günther Jakobs utiliza em relação ao seu entendimento de como tratar os inimigos, para ele “todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra” (ROUSSEAU, 2010, p. 27). Ora, os homens são livres no estado de natureza, porém devem ser submetidos ao contrato social em razão do conflito que naturalmente ocorre. Desse modo, devem buscar outros meios para subsistirem, entrando, assim, sob a lógica do contrato social, sendo que, nesse caso, o soberano está concentrado na vontade geral e garantiria direitos aos seus súditos, prezando por eles, e não os prejudicando.

Agora, se acontecer de uma pessoa tomar uma decisão que prejudique o contrato social, uma vontade particular oposta à vontade geral, a qual não gera um compromisso ao contrato social, o corpo social deve propor o uso da força para ocasionar o compromisso com o bem comum. Nesse sentido,

Quem quer conservar a vida às custas dos outros deve dá-la também por eles quando necessário. Ora, o cidadão não é mais juiz do perigo ao qual a lei quer que se exponha e, quando o Príncipe lhe diz “ao Estado é útil que morras”, ele deve morrer, pois foi nessa condição que viveu em segurança até então, e sua vida não é mais apenas um favor da natureza, mas um dom condicional do Estado (ROUSSEAU, 2010, p. 27).

Quem praticar atos nessa perspectiva se qualifica como traidor e, por consequência, encontra-se como inimigo que poderá ser destituído do estado, resultando em perder o status de cidadão. Então, esse contratualista imagina que é bem melhor encerrar com a vida do inimigo do que com a vivência estatal. Percebe-se que Jean-Jacques Rousseau, diferentemente dos outros contratualistas, é o único que a existência do contrato social não se justifica pela segurança, mas sim pela garantia da liberdade. Ele não identifica o homem sendo egoísta por natureza, diferente de Thomas Hobbes (2003), pelo oposto, o homem é bom e é a sociedade que o corrompe (ROUSSEAU, 1993). É para garantir a liberdade que deteriora a própria liberdade. O homem não é medroso, nem egoísta, ele não vive num estado de guerra, mas sim é uma pessoa boa. Mesmo não havendo leis, no estado de natureza, ele continua sendo uma pessoa boa, porém deve proteger os valores que ele já agrega a fim de garantir que essa bondade natural se perpetue, não deixando

as pessoas serem corrompidas pela sociedade, perdendo, assim, as suas respectivas bondades natas.

A vontade geral tende a produzir quaisquer tipos de leis, levando a pensar que pode abranger todo tipo de conteúdo, impondo à sociedade essa vontade normativa. Se a lei for má ou boa a sociedade tem de obedecer a vontade da lei da mesma forma, lembrando que essas leis podem ser alteradas a ponto de melhorá-las (ROUSSEAU, 2010, p. 61-62). Nesse sentido, a vontade geral se torna lei e não cabe o uso de exceções, independente do motivo e da pessoa, a vontade geral não pode ser corrompida, deve-se respeitar sua vigência.

Há quem entenda que Jean-Jacques Rousseau, em sua obra, deixa evidente pensamento diverso do que Günther Jakobs aduz na construção de sua fundamentação em torno do direito penal do inimigo, sendo que o contratualista mostra até exemplo, citando o assassino e o delinquente, em que o primeiro deve ser punido com a morte e o segundo com a perda de sua liberdade. Observa-se, em torno desses dois exemplos, a proporcionalidade na punição, exclusivamente os delitos mais graves podem ser punidos com a morte, e não de forma desproporcional em qualquer conduta criminosa (VALLE, 2001).

Desse modo, pode até aparentar que é um posicionamento divergente de Günther Jakobs, já que ele não entende a mesma fonte normativa para o inimigo e para o cidadão, enquanto também entende que o direito penal do inimigo não pode ser utilizado em todas as possibilidades. Esse é o perigo de sua teoria, a difusão do direito penal do cidadão encobrendo um direito penal do inimigo.

Existe outra divergência entre Günther Jakobs e Jean-Jacques Rousseau, embora tenha se influenciado dessa linha de pensamento, Günther Jakobs percebe que Jean-Jacques Rousseau levanta a linha conceitual do que poderia ser o inimigo seguindo a abstração, não tendo limitações nesse quesito. Apesar de o contratualista ressaltar os direitos sociais, não fica tão clara a distinção entre o inimigo e o cidadão, ambos conceitos aparentam ser algo próximo teoricamente, a ponto de se confundirem, pois o conceito de inimigo para Jean-Jacques Rousseau (2010) é aquele homem que vai contra a ordem social. Assim, Günther Jakobs aparentemente diverge em algumas partes de Jean-Jacques Rousseau.

Além desses pontos levantados, nota-se que Jean-Jacques Rousseau não entende a utilização do terror como meio de respeito às leis, ele não pactua com a punição cruel aos inimigos, pois, se for assim, elas não contribuem em nada. Para

ele, as punições devem trazer um sentido educacional. Pode existir até mesmo a pena de morte, mas desde que tenha sentido, não a utilizar em quaisquer situações (BRITO, 2020). Por outro lado, Günther Jakobs já pensa um pouco diferente. Ele entende ser viável o uso da dor da pena, mas em casos específicos, obviamente que essas hipóteses são as que correspondam o seu conceito de inimigo.

Johann Gottlieb Fichte, outra fonte citada por Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2018), adverte que se deve desconstituir a ideia de cidadãos nos casos de homicídios que fossem dolosos e premeditados. Esse pensador é taxativo a ponto de imaginar que apenas em casos de homicídios dolosos e premeditados, e não em qualquer sujeito que não cumprisse o contrato social, haveria a ausência de direitos. Johann Gottlieb Fichte realiza dialética, usufruindo da tese e da antítese. Assim, em sua tese ressalta que quem não respeita o contrato social não teria justificativa para o contrato social respeitá-lo, quem não o respeita deve ser inimigo. Nessa perspectiva, chega a afirmar que a execução de um indivíduo criminoso não seria punição, mas sim proteção; no entanto, em sua antítese, ressalta que nem todos os criminosos devem ser considerados inimigos. Eles podem se ressocializar, até o criminoso que pratica o homicídio doloso tem o direito de ressocializar, pois existem pessoas que estão dispostas a melhorar e, então, retornarem para a sociedade.

Percebe-se que, nessa essa visão de inimigo não há distinção sob o foco do delito de homicídio, quaisquer sujeitos que praticassem tais atos deixariam de ser considerados pessoas de direitos. Günther Jakobs condiz parcialmente com essa ideia, já que ele vai delimitar a figura do inimigo. O inimigo, para ele, não seriam todos os sujeitos praticantes de algum delito, teriam limites que deveriam observar cada caso. Mesmo na hipótese de reincidência da prática delituosa, nem sempre esse indivíduo deverá ser considerado como inimigo, depende de uma análise mais límpida sobre cada caso (JAKOBS, 2006b).

Essas são algumas influências implícitas que o pensamento de Günther Jakobs agrega em sua obra. Notadamente, esses teóricos influenciam no raciocínio da construção da sua lógica de punição do inimigo, desenvolvendo as razões de se ter algo nesse sentido. Em contrapartida, retornando para as fronteiras conceituais de Günther Jakobs, não tem como deixar de lado Georg Wilhelm Friedrich Hegel e Niklas Luhmann.

É no pensamento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel que é citado o conceito de ser pessoa, o qual vem acompanhado com a obrigação de preservar a lei. Nessa

categoria, há uma relação de reciprocidade entre os direitos e obrigações, sendo que ser pessoa já é, conseqüentemente, obrigação. Mas esse conceito também agrega tensão conceitual em razão de sua própria indeterminação (MIZRAHI; JAKOBS, 2012).

Também é no viés hegeliano que Günther Jakobs vai encontrar seu entendimento de punição, a pena não sendo um apelo por justiça, mas a afirmação racional do direito. Se para Georg Wilhelm Friedrich Hegel (2001) o crime lesiona o direito e a pena é uma das formas de compreender o que é justo do que é injusto, o Estado é aquele ente superior aos seus cidadãos que teria a incumbência de realizar o que quisesse em prol da manutenção do direito.

Por outro lado, o crime, nesse diapasão, pertence à irracionalidade, seria a violência em face do direito, enquanto a punição adentraria a esfera da razão. Praticamente, poderia se pensar que a vontade irracional deve ser combatida com vontade racional, para, assim, restabelecer a vontade racional perante essa irracionalidade. Günther Jakobs (1998) chega a citar Georg Wilhelm Friedrich Hegel aduzindo que o delinquente, quando praticado o delito, além de lesionar a norma, causando um prejuízo a outras pessoas, acaba lesionando a si mesmo.

Insta saber que a interpretação de Günther Jakobs sobre sociedade e, principalmente, parte de sua visão de pena, perpassa pelo que Niklas Luhmann (1983) chama de “Teoria dos Sistemas”. Mesmo que essa influência não seja tão clara, visualiza-se certa coerência na própria argumentação de Günther Jakobs (2011, p. 175) sobre a sociedade.

Em um de seus textos, ele confessa essa influência dizendo: “a sociedade, segundo a compreensão da teoria dos sistemas a que eu agora sigo, é comunicação”. Assim, a lei gera uma comunicação a qual recorda o comportamento, um código linguístico que desenvolve tanto a aceitação como a negação, mas que, na maioria das vezes, será bem-vindo o comportamento, isto é, será repetido o comportamento, fazendo com que as pessoas compreendam e, por conseguinte, aceitem, ocasionando a sua generalização.

Nessa concepção teórica, compreende a sociedade como um

[...] sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem se referir. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente mais domesticado, de

menor complexidade, no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema (LUHMANN, 1983, p. 168).

Para tanto, Niklas Luhmann não se preocupava em desenvolver uma construção teórica jurídica criminal, mas sim uma teoria social. Entretanto, Günther Jakobs vai levá-lo como base teórica para o desenvolvimento de sua mentalidade sobre o direito penal do inimigo. Para ele, não tem como analisar o direito sem prezar por sua dimensão social.

Na realidade, o sujeito é presenciado pelo todo por meio de comunicação da sociedade. Então, na sociedade, a pessoa se encontra como organismo direcionado à comunicação, da qual o direito se encontra como subsistema do sistema social, ou seja, “como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas” (LUHMANN, 1983, p. 121). O direito teria o fim de assegurar a expectativa diante de um sistema operacional fechado, que se retroalimenta de forma sistêmica, levando a pensar que, desse jeito, a confirmação ou a expectativa é que consolidará a estrutura do sistema.

A expectativa pode ser dividida em duas, uma que necessita de confirmação para continuidade, enquanto a outra não tem essa necessidade, porque ela parte da própria ausência de comunicação gerada pela negação. Dessa própria negação ela já se confirma, como uma confirmação da desconfirmação, isto é, a partir da desconfirmação do ato surge a existência normativa. Assim, a expectativa que representa a necessidade de confirmação é chamada de expectativa cognitiva, ao passo que a expectativa que não tem essa necessidade é chamada de expectativa normativa (LUHMANN, 1983, p. 121-122).

Não obstante, Günther Jakobs qualifica a expectativa normativa um pouco diferente da imaginada por Niklas Luhmann. Ele entende que essa expectativa normativa apresenta também “natureza cognitiva e compete à norma jurídica elaborar estratégias de reação a partir do conflito originado pela decepção cognitiva” (SAAD-DINIZ, 2010, p. 144). À vista disso, percebe-se que Niklas Luhmann e Günther Jakobs propõem conceituar de forma divergente a expectativa normativa: para Niklas Luhmann, existe uma dependência de confirmação imediata, jurídica e de fato, que, por consequência, tudo será cognitivo; enquanto tudo será cognitivo se tiver uma confirmação, sendo imediata ou não, para Günther Jakobs.

A intenção era de essa concepção teórica de Niklas Luhmann ser utilizada em qualquer seara, alcançando a generalidade como característica essencial dessa teoria. Essa perspectiva abriu, para Günther Jakobs, o entendimento de que a visão jurídica não deve haver interpretação subjetiva, mas uma concepção estrutural social que goza de fundamentação acoplada em outras áreas do saber, como a biologia e a neurofisiologia.

Importa perceber que a norma ocasiona seu efeito, sua consequência, por meio da motivação. O comportar-se advém da norma, derivado de sua função e do que se pode evitar; e é a partir do que se pode evitar que se origina a culpabilidade formal, assim, a norma, quando desrespeitada, torna-se um típico exemplo de que não tem força para impedir os comportamentos elucidados pela própria normativa, se alguém pratica algum delito quer dizer que essa norma não conseguiu impedir esse comportamento (JAKOBS, 1997). Não basta, de acordo com Günther Jakobs, observar apenas o viés comunicativo normativo, mas ele tende a enxergar esse sentido a fim de não abrir possibilidades futuras para infrações normativas. Tudo isso para não se repetir esse comportamento social.

Günther Jakobs, normalmente, é visto como um seguidor do modelo funcionalista. Porém, quando se pensa em funcionalismo, essa vertente do direito penal é uma categoria genérica, pois ela tem suas subdivisões, entre elas: o funcionalismo moderado; o funcionalismo radical, também chamado de funcionalismo sistêmico; e, por fim, o funcionalismo reducionista (BRIGAGÃO, 2010). Destarte, não teria como classificar o pensamento de Günther Jakobs como funcionalista, colocando-o de forma genérica, mas sim deveria especificar qual seria o funcionalismo de Günther Jakobs.

Especificando Günther Jakobs, encontra-se o funcionalismo sistêmico, por isso condiz dizer que tem influência do pensamento de Niklas Luhmann e não de Claus Roxin, uma vez que segue a linha de que o direito penal é focado em garantir a norma, garantindo a constituição social. Linha de pensamento essa muito semelhante à de Niklas Luhmann. Assim, ele se orienta por meio do funcionalismo sistêmico, pretensão metodológica na qual é interpretada como radical nos moldes de prevenção geral e tem como escopo ocasionar a proteção por meio do direito penal ao próprio direito, ou melhor, o direito penal tutela a existência normativa para a estabilidade social.

Até seu discípulo, Bernd Schünemann (2012), compreende que as concepções jurídicas da dogmática penal de Günther Jakobs condiz mais com o campo teórico de Niklas Luhmann do que as de Claus Roxin. Para ele, é narrado, praticamente, quase que com o mesmo raciocínio, apenas essa outra versão se apoia nas categorias da teoria dos sistemas delimitado à luz do direito penal.

Claus Roxin, em tempos passados, já havia pronunciado sua contradição ao pensamento funcionalista de Günther Jakobs, alegando que não concorda com nada dessa concepção de subtrair os direitos legítimos de uma pessoa. Inclusive, demonstra que essa linha de entendimento abre espaço para o totalitarismo, dessa forma ele levanta a ideia que deve se tomar cuidado com esse desrespeito ao Estado de Direito que o outro autor desenvolve. Segundo ele,

As opiniões hoje dominantes na doutrina penal alemã não orientam seus sistemas na realidade do ser, como na causalidade ou na finalidade, mas sim na função ou na finalidade do Direito Penal. Nisto reside o ponto em comum nos projetos sistemáticos, que eu e Jakobs apresentamos. Ademais, tomamos caminhos distintos, que com o passar dos anos foram se separando cada vez mais (ROXIN, 2011, p. 48).

Outra influência polêmica é Edmund Mezger. Para quem não conhece Edmund Mezger é fácil descrevê-lo, teórico das ciências criminais vinculado ao regime nazista. Um dos mais famosos criminalistas da época do nazismo, influenciando diversas legislações daquela época. Mesmo após esse período, contribuiu para diversas legislações da Alemanha. Esse jurista desenvolveu o que chama de *inimizade jurídica*, que nada mais é do que um conceito o qual preza pela eliminação de inimigos, sendo que estes seriam aqueles que se encontrassem com a incapacidade de compreender o que seria ilícito ou que tivessem algum tipo de deficiência dos axiomas jurídicos. Outra curiosidade é que, em torno dessa linha de pensamento, haveria dois direitos penais, um direito penal dedicado ao geral e outro voltado aos especiais (CONDE, 2006).

Essa linha de pensamento faz recordar do direito penal do inimigo de Günther Jakobs, seja pela questão da inimizade, seja em decorrência dos dois direitos. No entanto, nunca houve uma fala de Günther Jakobs trazendo nexos com essa origem, portanto não cita Edmund Mezger em nenhum momento. Mas, como observado, essa concepção da inimizade do direito surge antes de toda essa linha de pensamento de Günther Jakobs, fazendo deduzir que houve algum tipo de

influência. Um resquício do pensamento de Edmund Mezger em Günther Jakobs, o qual pode ser deduzido, é o entendimento de que:

[...] o inimigo ou o estranho era alguém que não podia ser assimilado por fatores como raça, cultura e hábitos. Para ele, o direito penal deve estabelecer medidas que visem evitar males o direito deve assim, ser cenário de antecipação, campo de luta; um lugar onde a coerção policial era um instrumento necessário para restaurar a ordem quebrada pela presença do estranho ou do inimigo. A ideia de subjugar o inimigo para evitar que ele cause danos no futuro [...] (LOAIZA, 2016, p. 8).

Claro que não é implícita essa conexão com o pensamento de Günther Jakobs, mas, como bem acentua a afirmação, existe um pensamento que Edmund Mezger utiliza o direito penal como meio de controle do inimigo, inclusive, dos futuros problemas que ele pode gerar, punindo antes dos fatos ocorrerem. Esse raciocínio aparenta certa identificação com o pensamento de Günther Jakobs, o qual identifica essa possibilidade do direito penal não se limitar em agir apenas após o delito, mas antes mesmo de sua ocorrência.

Outro exemplo do pensamento de Edmund Mezger que se identifica com a linha de pensamento de Günther Jakobs é sua aceitação em torno da Lei do Delinquente Perigoso, proposta em 1933. Esta introduz à legislação penal alemã a custódia de segurança; em outras palavras, a possibilidade de permanecer preso mesmo após o cumprimento da pena sem limitação temporal. É possível perceber que isso legitima a permanência do desrespeito a certas garantias fundamentais (MACHADO, 2005).

São essas as fronteiras conceituais que dizem respeito ao pensamento de Günther Jakobs. Cabe agora entender melhor a condição humana quando é reduzida à de inimigo.

2.3 A perda do status de pessoa: a condição humana reduzida à de inimigo

Uma mera palavra, como *inimigo*, tende a ter um amplo significado do ponto de vista de Günther Jakobs, pois a utiliza prezando pela cisão em dois extremos. A dualidade, que sua teoria demonstra, evidencia um tratamento ao cidadão e um outro ao inimigo, utilizando o direito de uma forma para o cidadão e de outra forma para o inimigo.

A condição humana reduzida à de inimigo é identificada pela despersonalização, nesse sentido, encontra-se, no final desse processo, um indivíduo, e não mais uma pessoa. A concepção de pessoa não é nata ao ser humano, mas uma atribuição humana, quando se diz pessoa física ou jurídica se desenvolve esses atributos por meio de uma ficção jurídica, uma pura construção do direito. Dessa forma, nem toda pessoa é pessoa no sentido humano, a pessoa física, por exemplo, está no campo da formalidade, já a pessoa jurídica é outro exemplo, é mera ficção originada pela sociedade (MIZHARI; JAKOBS, 2012).

Quando alguém é categorizada como inimigo, ocorre a privação de seus direitos, portanto essa pessoa perde seu status de pessoa, encontrando-se como uma não-pessoa segundo Günther Jakobs (MIZHARI; JAKOBS, 2012).

O entendimento de alguém não ser pessoa alcança a vertente de não ser mais cidadão, tornando-se, como efeito, inimigo. Juridicamente, essa mudança ocasiona graves consequências, para se ter noção do perigo, o regime nazista alemão, na produção de suas leis, não utilizava a palavra pessoa em suas legislações. Com isso, impossibilitava os direitos políticos dos judeus e demais vítimas do regime nazista, não havendo e abrindo espaços para a possibilidade de se ter sujeitos de direitos (SILVA; RODRIGUEZ, 2019).

Delimitar o inimigo apenas no sentido de ser aquele que está contra algo é reduzir seu conceito, pois o inimigo pode ser representado por muitos outros fatores. Inclusive, pode aparentar que o inimigo seja sinônimo de criminoso, mas não é bem assim. O criminoso perfaz conduta tipificada na qual está dentro do teor da expectativa social, do esperado, dentro do plano da normalidade da prática social. Já o inimigo pratica uma conduta típica, no entanto essa conduta está além das expectativas sociais (JAKOBS, 2003).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), essa redução à posição de inimigo implica dizer que uma pessoa, no decorrer de sua vida, praticou algo contrário ao direito, e já que, para ser cidadão, tem de manter a fidelidade a esta ordem jurídica. A partir do momento que alguém a ameaça, será reduzido de cidadão para inimigo. Nesse caso, percebe-se que esse indivíduo, o inimigo, não é mais cidadão, ele se encontra contra o direito, não mantendo mais sua fidelidade à estrutura jurídica. Por isso, provavelmente, será combatido com medidas energéticas, eliminando, dessa maneira, o perigo.

O terrorista é uma hipótese interessante que se encaixa na redução da condição humana à de inimigo. No entanto, percebe-se que certo indivíduo será considerado terrorista à luz sempre de alguma interpretação, porém as pessoas que mantêm os mesmos valores desse terrorista, a interpretação não resultará em designá-las como terroristas, mas sim como cidadãos. Levanta-se, assim, um ponto importante a ser presado para compreender o inimigo, a ideia de oposição e de expectativas normativas. Quando se ressalta a oposição, identificam-se os inimigos, já que se opõem à ordem jurídica, enquanto quem segue as expectativas normativas seria identificado como cidadão (JAKOBS, 2006b).

A ascensão da condição humana reduzida à de inimigo é um processo real, com graves consequências. Para compreender alguém como cidadão, deve-se observar a pessoa não apenas com o que ela é, mas o que ela será. A pergunta é: a pessoa continuará como cidadão ou em algum momento poderá ser inimigo? Percebe-se que não tem como garantir em qual categoria se localizará o sujeito no futuro, podendo, então, uma pessoa ser fonte de perigo, ser considerada como inimigo, antes mesmo de sua conduta criminosa acontecer.

Um dos problemas é a confusão que isso acarreta, no sentido de que o direito penal, que deve ser utilizado para o cidadão, na visão de Günther Jakobs, acaba sendo usufruído pelo inimigo, e a aplicabilidade, que deve ser direcionada para o inimigo, é utilizada para o cidadão. Na visão do jurista alemão, essa é uma das suas principais críticas, pois, com o uso do direito penal do inimigo, existe um alto risco para os cidadãos serem considerados inimigos, isso se for utilizado seguindo parcialmente sua concepção teórica, sendo que todo o seu raciocínio deve ser prezado, isto é, em sua integralidade teórica (MIZHARI; JAKOBS, 2012).

Günther Jakobs imagina o uso do direito penal do inimigo apenas em pessoas que não apresentam mais essa qualidade de serem consideradas cidadãos, ou seja, em indivíduos que são inimigos, e não mais em pessoas, pois esse direito não deve ser utilizado para quaisquer situações. Como visto, não seria tão difícil, do ponto de vista teórico, delimitar para quem é direcionado, já que, em regra, os que não mantêm fidelidade ao direito deverão ser recepcionados como inimigos; de outro modo, quem respeita a legalidade, mantendo a sua fidelidade a esta ordem jurídica, será recepcionado como cidadão.

Destaca-se, assim, o que Günther Jakobs (2003) chama de *personalidade potencial*. Esse seu conceito configura um limite aos inimigos. No mais das vezes,

acredita-se que possa usufruir de todas as oportunidades para enfrentar o inimigo, mas, como já ressaltado, não é bem assim, não se deve pensar em uma aplicação sem impor limites, ou seja,

Isso não significa que tudo está permitido, que se sucederão ações desmedidas; antes, é possível que aos adversários se reconhece uma personalidade potencial, de modo que na disputa contra eles não se podem ultrapassar a medida do necessário. Sem dúvida isso permite, entretanto, muito mais do que na legítima defesa, na qual a defesa necessária só pode ser reação perante a uma agressão atual, enquanto no Direito Penal de oposição, como se verá na sequência, trata-se da defesa também a agressões futuras (JAKOBS, 2003, p. 55).

Dessa forma, não se pode identificar alguma nação que, em sua totalidade populacional, respeite os limites legais, até mesmo os direitos humanos, que são recepcionados, acontecem de ser desrespeitados. Então, um problema pode ser levantado a partir disso, uma vez que não tem como concluir que todos têm a segurança de se manter como cidadão, de se encontrar sempre como pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2018), qualquer pessoa pode ser reduzida, em algum momento, a inimigo.

O inimigo pode ser até imaginado como sujeito histórico, como qualquer outra pessoa da sociedade, mas o inimigo pode ser que não seja considerado como sujeito de direitos. Embora ele possa ter direitos, dependerá da vontade do soberano se serão respeitados, visto que ele não se encontra mais como pessoa, não mais como cidadão. Ele não é mais um ser de direito.

Observa-se, assim, que há cidadãos e inimigos, há delinquentes que serão considerados como inimigos, indivíduos que terão seus direitos abandonados; há delinquentes que, mesmo sendo delinquentes, são pessoas, são cidadãos, mas que podem perder esse posto e serem considerados inimigos; mas existe o cidadão, pessoa que não tende a ter expectativa em lesar a ordem jurídica, de encerrar o sistema normativo vigente (JAKOBS; MELIÁ, 2018). Como explicitado, é cabível compreender que pode ocorrer uma relativização do que vem a ser a pessoa, um inimigo pode se tornar pessoa, bem como uma pessoa pode ser reduzida a inimigo.

Essa identificação em dar uso exclusivo de uma forma jurídica, dependendo de quem é o sujeito na relação, ou seja, se for cidadão, é de uma forma, e, se for inimigo, é de outra, pode ocorrer confusões em sua aplicabilidade. Pois bem, existe uma insegurança ontológica que vai se revelando.

Essa redução à categoria de inimigo, na sociedade, faz pensar o que chamam de perigo. Não se tem dúvida de que o perigo é algo que precisa ser refletido, mas a pergunta é: perigo do ponto de vista de quem? Como delimitar quem será o sujeito perigoso? A própria noção de novo necessita ser pensada também, dado que o novo normalmente é identificado como diferente, sendo aquele que quebra o tempo presente. Encontram-se tendências que desprezam o novo a fim de não ser quebrado o que se mantém na unicidade atual, existindo, assim, o medo do novo (SOUZA, 2002).

Todas as pessoas podem ser qualificadas como seres humanos, mas nem todos os seres humanos podem ser qualificados como pessoas, isso, porque, apenas alguns são tidos como pessoas. Basta perceber que os bebês, na Grécia antiga, não eram tidos como pessoas, e sim como não pessoas. As mulheres, nesse mesmo tempo e localidade, se encontravam com o mesmo sentido. Essa redução da condição humana pode ser identificada dentro da seguinte afirmação: “coisa é a não-pessoa e pessoa é a não-coisa” (ESPOSITO, 2016, p. 16). Assim, os escopos da coisa são servir e pertencer, elas se enquadram à categoria do necessário. Por outro lado, para ser pessoa, depende de um status jurídico, por isso pode perder coisas, bem como pode ocorrer a perda do status de pessoa.

Então para que serve ser cidadão? Diferentemente do indivíduo inimigo, que se encontra limitado à concepção biológica, a pessoa, isto é, o cidadão, tem direitos e deveres que só se encerram teoricamente quando falece. Sobretudo, em vida, deve desfrutar de seus direitos, o que pode acontecer é a amplitude ou não da pessoa. Isso pode ser visto nas crianças, à título de exemplificação, elas, dependendo da idade, não têm alguns direitos, como os direitos políticos voltados para candidaturas políticas. Um outro exemplo são os embaixadores que teriam alguns direitos exclusivos de suas funções (MIZHARI; JAKOBS, 2012).

Outro questionamento interessante para se levantar nessa reflexão é se as pessoas das classes menos privilegiadas economicamente teriam maiores chances de terem sua condição de vida reduzida à de inimigos mais do que pessoas com privilégios econômicos.

Günther Jakobs responde a esse questionamento, em uma entrevista, pontuando alguns posicionamentos significativos. Um deles tem relação com questões econômicas, sendo que, para ele, ser pobre não quer dizer ser inimigo do Estado, no entanto uma pessoa pobre pode facilmente se tornar inimiga. Nesse

caso, é importante ressaltar muito bem essa linha de pensamento, porque ser economicamente desprivilegiado não é sinônimo de ser inimigo, mas pode se tornar um inimigo. Ademais, o próprio criminoso comum pode ser visto como inimigo do Estado em algum momento e, em outro, não. Outro posicionamento é a respeito de um indivíduo que comete diversos crimes; na Alemanha, por exemplo, é observado como inimigo do Estado, mas que, em outra nação, a reincidência pode não gerar essa interpretação (MIZRAHI; JAKOBS, 2012).

Zygmunt Bauman (1999) entende que essa linha de pensamento não faz parte de uma espécie de estratificação social, mas, diante de um projeto de engenharia social que, aparentemente, busca o estado ideal, o que se apresenta de modo divergente desse estado ideal deve ser eliminado a ponto de não o prejudica. Portanto, a maioria dos pesquisadores do direito penal do inimigo, no Brasil, entendem que essa teoria não é compatível com o estado democrático de direito, na verdade, ela nega o estado de direito, podendo abrir caminhos para um estado totalitário, basta perceber

Na história recente da Alemanha com o nacional-socialismo, na da Itália com o fascismo, na da Espanha com a ditadura de Franco, na da antiga União Soviética e em outros países do leste da Europa durante o regime das ditaduras comunistas, como também atualmente em outros muitos países, e especialmente nas atrocidades cometidas nos campos de detenção criados pelo Governo dos Estados Unidos da América após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, após a invasão do Afeganistão e Iraque, em Abu Chraig e Guantânamo, apenas para mencionar os casos mais conhecidos de abusos e violações de direitos humanos cometidos pela Administração e pelo Exército daquele país, sob amparo da legislação de emergência (*Patriotic Act*) criada na sequência do atentado (CONDE, 2006, p. 13).

A essência do direito penal do inimigo de Günther Jakobs pode ser presenciada em diversos momentos da história. Esse enredo confirma as diversas narrativas em que pessoas são reduzidas a inimigas, despossuindo-as do estatuto de pessoa como sujeito pleno de direitos. Não obstante, com o passar do tempo, as características para identificação do inimigo se modificaram, elas se alteram, em diversas narrativas, em como combater esse inimigo (ZAFFARONI, 2007). Assim, classificar de forma bem delimitada o que se encontra dentro dessa concepção ou não pode ocasionar erro, Günther Jakobs já alterou diversas vezes o seu posicionamento de quem poderia ser o inimigo. Nesse sentido, está aberto à

discricionariedade da interpretação conceitual do inimigo, entendendo que cada caso deve ser analisado.

O problema em torno da definição de quem pode ser o inimigo resulta na falta de clareza que esse conceito agrega, ressalte-se uma variedade de crimes que, quando praticados, poderiam ser considerados motivos para despersonalização do sujeito. Isso acontece por não ser um conceito engessado, ele se modula conforme o tempo, sendo assim, qualquer crime que aconteça pode alguém considerar que seja a hora de se aplicar o direito penal do inimigo (MIZHARI; JAKOBS, 2012).

Em que pese essa ausência de delimitação de quem é o inimigo, parece oportuno citar um exemplo alemão que confecciona um julgamento com algumas dessas possibilidades narradas:

O julgamento de 2016, do Tribunal Constitucional Federal, sobre a Lei da Polícia Criminal Federal, que se refere às medidas de vigilância, a princípio parece apoiar a afirmação de Paulus de que não existe “lei penal do inimigo” na Alemanha. Aqui, na margem número 112, o Primeiro Senado reconhece claramente a admissibilidade de medidas de intervenção estatal além de “ameaças específicas, diretamente iminentes ou presentes”, desde que existam “pelo menos indícios factuais do surgimento de uma ameaça específica” a importantes interesses legalmente protegidos. No entanto, para crimes de terrorismo, o Primeiro Senado dispensa a exigência de “*ocorrência* que pode ser especificado e que é temporalmente previsível” porque, afirmam os juízes, esses ataques são muitas vezes “cometidos em locais imprevisíveis, planejados com muita antecedência por indivíduos sem antecedentes criminais e realizados de maneiras muito diferentes”⁷ (AMBOS, 2020, não p., tradução nossa).

Há toda evidência de sua existência, quando se pensa no terrorismo, pelo menos resquícios dela. Destarte, haver o desenvolvimento do estado de exceção perante os regimes democráticos ou não, não só nas democracias, mas em modelos de Estados totalitários, pode estar vigente o direito penal do inimigo, assim, a redução da condição humana à de inimigo não é uma opção exclusivamente em nações totalitárias (MIZRAHI; JAKOBS, 2012).

⁷ “The 2016 judgment of the Federal Constitutional Court on the Federal Criminal Police Office Act, which refers to surveillance measures, at first seems to support Paulus’ assertion that there is no ‘criminal law of the enemy’ in Germany. Here, in margin number 112, the First Senate clearly acknowledges the admissibility of state intervention measures beyond ‘specific, directly imminent or present threats,’ provided that ‘at least factual indications of the emergence of a specific threat’ to important legally protected interests exist. However, for terrorism offenses, the First Senate dispenses with the requirement of an ‘occurrence that can be specified ... and which is temporally foreseeable’ because, the judges assert, such attacks are often ‘committed at unforeseeable locations, planned far in advance by individuals who have no criminal record, and carried out in very different ways’.”

A observância dos direitos humanos é compatível com as democracias, enquanto o seu desrespeito acontece diante das mesmas democracias. Nas democracias, as pessoas se encontram em processo de despersonalização, seus direitos e garantias fundamentais são abandonados, os indivíduos não se encontram mais como um pecador que pode se arrepender a qualquer momento, mas como um doente incurável que não pode mais viver perante a sociedade (BAUMAN, 1999).

Eugênio Raul Zaffaroni (2007) segue a mesma linha de raciocínio da grande parte dos juristas que pesquisam essa relação jurídica do direito com o inimigo. Ele fundamenta sua opinião na incompatibilidade entre os princípios dos regimes democráticos com o direito penal do inimigo, mesmo existindo essa incompatibilidade, ele não pode deixar no anonimato sua existência. Sobre isso, salienta ainda que pode até ocorrer de um Estado afastar uma pessoa de sua cidadania, mas não pode desprezar a condição de pessoa em si, pois é um atributo humano ser pessoa.

Para ter uma noção sobre o desenvolvimento do direito penal do inimigo, deve notar-se que em algumas legislações já se encontra algumas palavras que acaloram sua prática. Assim, não deveria surpreender que em leis se encontrem palavras que incitam seu desenvolvimento, como a expressão combate, tome-se, por exemplo, o combate ao terrorismo (DÍEZ, 2008).

Deve-se lembrar que a punição em si é algo decorrente nas democracias, um homicida com graves problemas mentais também tem, como consequência, a punição, já que a proibição de matar não é algo direcionado a um sujeito em especial, mas a todas as pessoas da sociedade. O que vai acontecer é que, mediante essa punição, ele será apenas considerado socialmente reprovado, mas poderá continuar como cidadão e poderá não perder o seu status de pessoa, de sujeito de direitos.

Quando ocorrer dá posição de pessoa migrar para a de inimigo, sua possibilidade de se defender reduz o direito, pode começar a perder sentido, perdendo seu ideal emancipatório. Não tem como negar também que essa definição de o que é inimigo também é construída nos moldes do que a sociedade acredita ser viável ou não, as pessoas estão inseridas num ambiente social que, dependendo dos valores desse ambiente, provavelmente, determinará conceitualmente quem pode ser o inimigo.

Algo que chama atenção é que, por meio do direito penal do inimigo, oportunamente, existe a pretensão de punir fatos futuros, o direito penal puni fatos do passado, e não fatos que irão ocorrer. Desse modo, a teoria da guerra preventiva pode se associar à concepção como forma de praticar uma política de estado, contra potenciais inimigos, como direito a defender-se de potenciais ameaças futuras. Ora, como se sabe, os Estados Unidos realiza diversas intervenções com essa justificativa, a priori, a guerra no Iraque segue como exemplo típico de guerra preventiva, pois se atacou, puniu e matou para prevenir potenciais ataques. É o que aconteceu, também, com a guerra no Afeganistão.

Pode-se, então, perceber que precede de um terrorismo de estado recorrente ao longo da história estadunidense. Onde há construção do inimigo há o combate prévio há destino trágico contra população indefesa. Sobre essa questão da guerra preventiva, Paulo Edgar Almeida Resende (2011, p. 216) constata que:

Se o que se propõe é a análise do denominado terrorismo islâmico, lado a lado às razões apresentadas pelos EUA para a intervenção no Afeganistão e no Iraque, há, do lado estadunidense, precedentes emblemáticos que nos possibilitam caracterizar o terrorismo estatal lá e cá, agora e antes. Há relatos não suficientemente comprovados, mas tampouco contestados, de o Departamento de Defesa e a Cia, terem forjado ataque a navio da marinha americana no golfo de Tonkin, episódio que foi apresentado como motivo para a intervenção no Vietnã do Norte. Igualmente, há longa história intervencionista de governos dos Estados Unidos na América Latina em apoio a golpes militares, práticas de tortura, extermínio de opositores. Lado a lado ao 11 de setembro, como justificativa apresentada para intervenção no Oriente Médio, as reservas petrolíferas aí existentes são fundamentais para respaldar o modelo de desenvolvimento ocidental e, em particular o da economia estadunidense. O revide ao 11 de setembro serviu para muitos analistas como forma de explicitar a política de segurança energética, recoberta ideologicamente pelo neo-conservadorismo [...].

Desta feita, o direito penal do inimigo observa uma hipótese de eficácia, principalmente, quando se imaginam atentados terroristas que poderiam ser evitados. Essa teoria pode se encontrar, então, como meio preventivo, e não unicamente ostensivo. Nesse sentido, ele tenta tutelar um perigo iminente, ou seja, de fato ainda não ocorreu, mas pode ter o risco de acontecer. Pensando assim, a pessoa reduzida a inimigo pode ser punida por fatos que não realizou, mas que alguém interpretará que pode ter o risco de acontecer.

Nesse diapasão, os direitos do inimigo serão abandonados, enquanto os cidadãos se encontram recepcionados por seus direitos. A supressão dos direitos humanos se encontra como uma forma de se combater o inimigo, porém é importante dizer que o direito penal do inimigo não tem apenas um ou outro modo de agir. A punição por algo que é imaginado que poderia acontecer, as penas desproporcionais, o abandono do direito são apenas hipóteses, pois é provável que existem inúmeras formas de reduzir o cidadão a inimigo.

2.4 Limiar

Se no primeiro capítulo o filósofo destacável é Giorgio Agamben, no segundo capítulo é outro pensador que permeou o capítulo. O outro filósofo é Günther Jakobs, um dos maiores representantes teóricos voltado para a perspectiva criminal do direito penal do inimigo. Jurista este influenciado por categorias filosóficas e sociológicas, entre elas os contratualistas, além de Niklas Luhmann e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Longe de desenvolver uma teoria inédita, o professor de *Bonn*, ocupa-se em prever um direito penal que se ausente dos direitos e de garantias fundamentais em face do inimigo.

Partindo desse pressuposto, definiu-se para o segundo capítulo o título de *A perda do status de pessoa no direito penal do inimigo de Günther Jakobs*. Nessa perspectiva, foi feita uma apresentação geral do direito penal do inimigo, evidenciando, de modo fiel, o pensamento de Günther Jakobs. Precisamente, foram levantadas as influências teóricas de Günther Jakobs para construção do direito penal do inimigo, como também apresentada a interpretação de que ele não se direciona, inicialmente, para propô-lo como parte do uso público a utiliza, e sim para descrevê-lo como uma realidade contínua. O que é claro é que, depois de um certo tempo, Günther Jakobs alterou seu pensamento, pois incluiu o direito penal do inimigo como uma proposta política viável para alguns casos. Por esta mesma razão, foi esboçado que o direito em sua totalidade está conceitualmente conectado ao poder soberano, contendo a vida humana diariamente uma dependência arbitrária do soberano em delimitar quem é o inimigo, embora Günther Jakobs instituiu limitações conceituais sobre o inimigo, ele reconhece que ocorre abstrações em quem poderia ser o inimigo, levando qualquer cidadão ao tratamento de inimigo.

Depois de encerrar a delimitação das fronteiras conceituais do direito penal do inimigo, adentrou-se em sua origem. Para isso se efetivar, o capítulo foi de encontro aos fundamentos filosóficos dos contratualistas com ênfase no que eles interpretavam como inimigo. Logo, o que era contexto apenas para os terroristas, já se expandiu a novos ares. Essa rotulação de inimigo transcendeu a figura do terrorista, sendo etiquetadas a outras condutas sociais, transcendeu também o tempo. Desse modo, delinquentes que ameaçam constantemente as ordens estabelecidas, na interpretação do poder soberano, podem todos eles serem tratados como inimigos, perdendo o status de pessoa. Nesse momento uma reflexão saltou aos olhos, que essa delimitação de quem é o inimigo a cada tempo se altera, foi assim até mesmo com o posicionamento de Günther Jakobs, pois, inicialmente, em sua concepção os inimigos eram apenas os terroristas e, depois, concentrou-se numa amplitude conceitual maior, a ponto de se tornar difusa. A partir desse momento que se deparou com a compreensão da condição humana reduzida à de inimigo e o direito penal do cidadão camuflando em si o direito penal do inimigo, são substancialmente equivalentes em razão da indistinção.

CAPÍTULO 3 – INTERSECÇÕES CRÍTICAS ENTRE OS PENSAMENTOS DE GIORGIO AGAMBEN E DE GÜNTHER JAKOBS SOBRE A VIDA HUMANA

“E se definitivamente a sociedade só te tem desprezo e horror. E mesmo nas galeras és nocivo, és um estorvo, és um tumor. A lei fecha o livro, te pregam na cruz depois chamam os urubus” (Chico Buarque).

A realidade se apresenta como uma tela de pintura abstrata que cabe a um intérprete extrair a coerência das figuras, os pontos coloridos, as curvas na tela voltadas de um significado. Giorgio Agamben e Günther Jakobs, dentro dessa analogia, poderiam ser considerados como os intérpretes, ambos vêm sendo referências internacionais em suas respectivas áreas temáticas, em razão da pontualidade de seus pensamentos.

Ambos refletem questões polêmicas, mas que, podem existir intersecções em seus pensamentos. Interessante imaginar o que dois filósofos contemporâneos europeus, com suas respectivas formações no direito, e que, praticamente, conviveram numa linha temporal próxima, tenham algo em seus pensamentos se cruzam. Embora não se cite e tenham referenciais divergentes, pode ser que exista parcialmente similaridade em seus posicionamentos.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2014) já aduzia que o direito penal do inimigo de Günther Jakobs guarda fortes relações com a exceção. Aliás, esse direito, às vezes, se manifesta via de exceção, não esquecendo que a exceção se transforma, algumas vezes, em direito, abrangendo legalidade e legitimidade. Ora, como visto, a exceção é um dos principais objetos de pesquisa de Giorgio Agamben, assim, enquanto o filósofo italiano tem como objeto de sua filosofia o estado de exceção, Günther Jakobs desenvolve sua concepção sobre o direito tendo como objeto o direito penal de exceção. Nesse sentido, pergunta-se: o que essas linhas de pensamento alcançam em comum e como se entrecruzam criticamente? Este é o objetivo específico deste capítulo.

Günther Jakobs, enquanto pensador do direito penal, permite uma separação do direito, mas, embora tenha a intenção de separar o direito normalizado aplicado ao cidadão, e uma outra forma ao inimigo, ele entende que o direito se encontra contaminado, sem princípios e essa contaminação está sem controle.

Valores que desrespeitavam os direitos humanos até então eram mais difíceis de se tornarem lei, as quais eram presenciados apenas em meio as

exceções, porém começaram a alcançar a legalidade, encontrando-se nos ordenamentos jurídicos como meios legítimos de serem aplicados. Já falam em resquícios do direito penal do inimigo na própria legalidade penal e sendo presenciada ao longo de diversas leis espalhadas ao redor do mundo.

Nem tudo que a população pede como propositura penal são legítimas. A população, às vezes, requer algo que ultrapassa os limites legais daquela nação. No entanto, nem todas as reivindicações na produção legislativa passa pelo crivo da ciência, além do mais, algumas requisições legislativas criminais são até mesmo utópicas (JAKOBS, 2003). Assim, se o direito penal do inimigo for considerado um direito positivado perante um ordenamento jurídico, faz pensar que nem todas as normas dentro da ordem jurídica, em ambientes democráticos ou não, sejam vistas absolutamente como justas ou eficazes. Se for pensar na narrativa em combater o inimigo via direito, parecerá um discurso que não poderia ser previsto em hipótese alguma como norma jurídica. Imaginar então um direito penal que vai combater o inimigo é preciso levar em conta seus limites.

Critérios insuficientes, adicionados ao quesito do potencial perigo, demonstram que a preocupação não é tanto com o que aconteceu para, assim, surgir a aplicação da lei, mas é com o potencial dano que se utiliza a lei antes mesmo do dano acontecer. Partindo dessa mesma premissa, o direito penal propõe assegurar a função norteadora, estabilizando a experiência geral por meio de uma orientação comportamental.

Francisco Muñoz Conde bem como Eugenio Raúl Zaffaroni (2006), grandes juristas da área criminal, insistem em encontrar nexos entre Günther Jakobs e Carl Schmitt. Francisco Muñoz Conde (2006) constata que a origem ideológica do direito penal do inimigo passaria por ali, enquanto Eugenio Raúl Zaffaroni compreende que, mesmo que Günther Jakobs não o utilizava como base, teria caído na lógica do inimigo de Carl Schmitt. E é esse o entendimento que se conclui em torno dessa desconexão com Carl Schmitt, embora Günther Jakobs não concorde que sua teoria teve fortes influências dessa fonte, existe coerência plausível com essa linha de posicionamento.

Então, neste último capítulo, é preciso ter a sensibilidade de não apenas identificar a convergência dos pensamentos entre Günther Jakobs e Giorgio Agamben sobre a questão da vida desprovida de valor, mas também de entender os processos de subjetivação e dessubjetivação, além de também encontrar bases do

posicionamento de Carl Schmitt em ambos. O filósofo alemão não chega referenciar esse pensador, enquanto no filósofo italiano é identificada essa referência, porém, mesmo Günther Jakobs não citando esse pensador, são vistos resquícios da filosofia de Carl Schmitt em sua teoria do direito penal do inimigo, isto será desenvolvido ao longo deste capítulo de encerramento.

“A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa” (ZAFFARONI, 2014, p. 18). Ademais, essa violência tende a ter como fonte o poder soberano, mesmo a violência pertencendo à *polis*, ela se encontra em meio à possibilidade de decisão de algum poder soberano. Dessa forma, ele que optará pelo estado de exceção, é ele que decidirá se usa o direito ou se reproduz a nudez da vida, aliás, “a violência do estado de natureza nunca é um estágio superado, uma ameaça removida nos primórdios da vida política” (GIACÓIA JÚNIOR, 2008, p. 40).

Nesse diapasão, o capítulo se inicia introduzindo alguns pontos de convergência entre Giorgio Agamben e Günther Jakobs para que, no final, desenvolva-se o que de fato esses dois intelectuais contemporâneos têm em comum em seus pensamentos.

3.1 Introduzindo os pontos de intersecção

Pouquíssimas pessoas, provavelmente, compreendem que o direito por si só não consegue tutelar a vida humana, quem olha para o senso comum até vê a população pedindo por mais direitos. Diante desse quadro, reverbera a posição do poder soberano perante o uso do direito, pois, não parece apto confiar apenas na legislação se quem é competente para usá-la não decide usufruí-la, sendo que sua intenção era outra, o que vai acontecer?

Essa dúvida é um ponto fundamental para introduzir a convergência dos pensamentos de Giorgio Agamben e Günther Jakobs sobre a vida e seu desvalor. Tal empreitada, abre espaço para reconfigurar a noção de direitos que na seara do senso comum aparenta apenas agregar qualidade e nenhuma negatividade. Ter direitos representa para grande parte da sociedade algo exclusivamente positivo.

Essa linha de posicionamento se adentra nos caminhos do pensamento de Giorgio Agamben e Günther Jakobs, as quais são dois juristas que, por formação

acadêmica, acabam migrando para a filosofia, portanto usufruem bastante em suas discussões filosóficas a palavra direito.

A palavra direito é tratada em meio a diversos significados, dentre estes o positivismo jurídico de Hans Kelsen, que entende que o direito deve ser reduzido ao quesito validade. Nessa definição Kelseniana de direito, este é uma ciência normativa e não admite outra fonte jurídica a não ser a legislativa. Dessa forma, o direito, à luz dessa concepção, não se envolve com moralidades e nem com ideologias. Enquanto outra alternativa conceitual gira em torno do decisionismo jurídico de Carl Schmitt o qual não traz, como categoria principal, a norma e o quesito validade, mas, como ponto fundamental, a decisão do poder soberano. Segundo Oswaldo Giacóia Júnior (2014, p. 247), “com Hans Kelsen, pensamos o direito como sistema lógico de regras hierarquicamente dispostas, num plano de perfeita consistência [...], com Carl Schmitt mergulhamos nos abismos da exceção”.

Giorgio Agamben bem como Günther Jakobs têm uma aproximação maior com o decisionismo mais que com o positivismo jurídico, o direito, em ambos os pensamentos, percebe a fonte normativa, mas dependente da decisão. De acordo com Daniel Arruda Nascimento (2012), os governos atuais, querendo ou não, dependem do respeito do direito para seu devido funcionamento, mas agregam outra dependência, o estado de exceção, pois, em alguns momentos anormais, precisam contrariar o direito, propondo a exceção a fim de preservar o sistema e a normalidade. Até mesmo o desrespeito de direitos e garantias fundamentais, consagrados nos ordenamentos jurídicos como cláusulas pétreas, podem ser abandonadas para propor esse fim.

Analisando o pensamento agambeniano, concerne dizer que o direito tende a ter limites em sua aplicação, um ponto é que seria utópico dizer que o poder legislativo conseguiria produzir leis para todas as situações. Ora, isso demonstra, que existem lacunas legislativas, como espaços abertos para a produção da exceção. Desta feita,

A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor (AGAMBEN, 2004, p. 48-49).

Corroborando com esse entendimento, tem se mostrado que a exceção vige mesmo com o direito vigente, sem dúvida alguma, a arte de governar opta pela criação da exceção diante da invalidade legislativa, com o fim de ajustar, o mais rápido possível, a anormalidade.

O governo, no combate contra o terrorismo, investe nesse posicionamento, utilizando a exceção jurídica, intitulada, por Günther Jakobs, como direito penal do inimigo. O terrorista, uma vez pessoa, conteria o respeito das leis que estão em vigor, dos tratados internacionais pactuados, gozam de direitos, mas, ao final, o que ocorre é o contrário, a prática da exceção. Em síntese, pode-se dizer, utilizando Giorgio Agamben, que depende da vontade do soberano, rumo à exceção ou não, quem optará é o soberano.

Vale destacar também que ambos os filósofos utilizam a exceção em suas construções filosóficas, cada um do seu modo, ao passo que em seus usos o direito não é renunciado ou invalidado a todos, mas apenas àquele indivíduo que se encontra perante a exceção. Esse é um dos pontos mais sensíveis e importantes de serem notados em suas respectivas teorias, o estado de exceção está presente, mesmo enquanto o direito se apresenta presente.

Certamente, fica nítido que um dos grandes problemas da vida humana, perante seu desvalor, não seja apenas o direito. Isso porque se tem direitos, tem exceções. Hodiernamente, tem prevalecido a ideia de ter direitos, mas é quase abandonada a concepção da produção permanente do estado de exceção que, basicamente, não se distingue do direito, o direito se contamina pela exceção.

As mais variadas formas de conduzir a sociedade são contaminadas pelo direito, categorias, como “culpa, responsabilidade, inocência, julgamento, absolvição” (AGAMBEN, 2008, p. 28), induzem as pessoas a se comportarem de alguma forma. Além disso, o direito, como um sistema, tem subsistemas, tal qual o direito civil, direito trabalhista, direito penal, que tem suas amplitudes limitadas dentro de seu próprio subsistema. Acontece que esses subsistemas também sofrem interferências de outros subsistemas (JAKOBS, 2003b), isso faz pensar que a legislação em si não é estática, isolada, ela tem uma relação de interferência de outros meios.

A relação com o direito não é isolada, ela tem uma triangulação: em uma ponta, está o direito e, nas outras pontas, estão o sujeito, que será afetado pelo direito, e o soberano, que vai decidir aplicar o direito. Não tem como imaginar o

intérprete do direito sem o direito, sem uma das partes dessa triangulação, só é soberano se tem o outro que, no caso, é inferior a ele. Giorgio Agamben (2008), a respeito da lei, ensina que ela se traduz em norma e em promessa. Sua transgressão faz parte de sua própria epistemologia, já que só existe a crença a partir da sua ação, enquanto, se ela perder potência, perde sua crença e, quanto mais diminui seu viés normativo, trazendo menos promessa, mais perde seu poder de crença, fazendo com que a lei se torne, em algum momento, inoperativa.

Ademais, de nada adianta imaginar uma lei que não produz efeitos na sociedade, mesmo ela existindo, se ela não demonstra sua força perante a sociedade, começa a se tornar ineficaz; se as autoridades não a utilizam quando deveriam, as pessoas começam a não crer nela e, cada vez mais, vai perdendo sua força. Günther Jakobs (2003) elucida sobre a desnaturalização. Esse conceito compreende a sociedade como sistema que abrange tanto a comunicação, quanto à expectativa, tudo que é presente na sociedade só se encontra nela a partir do momento que existe a comunicação. Não faz sentido social uma placa de trânsito, por exemplo, caso não for interpretada a comunicação dela.

Destarte, o direito funciona da mesma forma, não faz sentido uma lei se não existir comunicação dela com a sociedade. Uma vez que ocorra um homicídio e o infrator seja punido, esse direito, que traduz a ideia de não poder matar alguém, demonstra que se encontra sob comunicação. Sendo que essa comunicação implica que quem cometa esse ato está contra a comunicação dominante a qual preza pela abstenção da conduta delituosa.

O direito não tem existência a não ser na própria vida das pessoas. A norma em si haverá nexos com algum ato singular e, portanto, com os acontecimentos da sociedade, “uma análise cuidadosa deste último conceito, no entanto, mostra que é apenas um outro nome para a ação” (AGAMBEN, 2017a, p. 72). Ora, sendo assim, acontecimento e ação são duas particularidades conceituais que se encontram como idênticas, cometendo uma ação, acontecerá algo, então se ocorrer uma ação falha, ocorrerá um acontecimento falho, como exemplo, o crime.

Com base nisso, o crime significa a forma que a ação humana age, acarretando sua responsabilidade pelo resultado dessa conduta (AGAMBEN, 2017). Por essa razão, a forma que uma pessoa manifesta sua conduta tende a ter a sua responsabilidade. Então, se uma pessoa praticou uma ação falha ao cometer um crime, ela deve ser punida por ser culpada do acontecimento, caso contrário, não.

Embora, nem sempre isso ocorra, ela deve ser culpada por sua ação falha, e não ao contrário.

A culpa pode ser compreendida como sinônimo de *noxa*, em seu sentido etimológico, encontra-se em coerência com a morte violenta, apesar de que, para o viés jurídico, a culpa é como uma espécie de má conduta intencional, ou até mesmo como comportamento negligente no qual tende a buscar por limites (AGAMBEN, 2017a, p. 16). Se uma pessoa praticou algum ato típico, ela deve ser considerada culpada nos moldes de sua prática delituosa, havendo, assim, o consenso de que, naquele ato, ela tem culpa.

Só o fato da lei penal ter sua vigência já carrega consigo a ideia de culpa. Esse conceito não se origina após a prática do fato típico, mas, a partir da existência da lei, dela vem a ideia de culpa. Se tem lei, evidente que se tem culpa, senão qual o sentido de pautar a criação da lei para aquela realidade. Além do mais, é oportuno dizer que, embora exista a limitação do culpado, visto que não deve se tornar responsável por quaisquer práticas até a que não realizou, a culpa pode advir da norma (AGAMBEN, 2017a, p. 16).

Com efeito, não tem como separar o conceito de punição com o conceito de culpa, a conexão entre culpado e punido deve existir; assim como a relação entre inocente e punição, não. Por seu turno, querer não é poder, portanto não existe a possibilidade de não haver crimes na sociedade. Para isso ocorrer, necessitaria finalizar todos os Códigos Penais do mundo, pois, a partir do instante em que exista um fato típico previsto em algum Código Penal, há a figura do crime. Para ser crime, precisa de lei alegando (AGAMBEN, 2017a, p. 20).

Quanto à acusação, ela se encontra como início do processo de culpa, pois, antes de alguém ser considerado culpado, advém a acusação. Quer dizer com isto que, perante qualquer punição, advém o julgamento, assim que alguém é punido, ocorre o julgamento (AGAMBEN, 2017a, p. 18). Vale lembrar que Günther Jakobs, como já narrado, elucida sobre a comunicação que a punição acarreta, o sistema jurídico é um típico processo de comunicação, a ponto de se ocorrer a punição no interior desse sistema de comunicação, aparecerá o julgamento.

O problema em torno da acusação pode ser presenciado na passagem de Mopsik, intitulada de *Tratado sobre Satanás*, que Giorgio Agamben (2017a, p. 19) conta:

Deus no último dia faz Satanás aparecer diante dele e diz. A acusação que ele faz é a própria acusação: Satanás é acusado de acusar constantemente os homens e, desta forma, as obras de criação. Ele acusou Adão e Eva, de modo que Deus teve que expulsá-los do céu; tem acumulado aos homens da geração do Dilúvio, e a fim de puni-los, Deus produziu a catástrofe do dilúvio universal; acusou os homens do Torre de Babel, e por isso Deus tinha que dizer vê-los e confundir suas línguas; acusou os israelitas no primeiro e no segundo momento destruição do Templo, e Deus destruiu duas vezes o santuário e espalhou seu povo em exílio entre as nações. Por isso Deus condena o acusador a desaparecer do mundo, que ele deve ser renovado em uma nova criação. Satanás não concorda ele cessa a sentença e objeta ao seu juiz: “você criou o céu e a terra, e eu criei o inferno”.

Entenda que a acusação pode ser identificada como a criação do inferno. Imagine a imputação a todos, o que poderia ocasionar essa acusação geral? Um inferno geral, pois, com a ajuda dessa pequena passagem de texto, enxerga-se a criação do inferno por meio da punição. Assim, quaisquer que sejam as acusações tendem a ter graves consequências, seja a pessoa inocente seja culpada, o processo de acusação causa prejuízos em sua vida.

Observe-se isso de forma mais detalhada. Primeiramente, considera-se que algumas situações que possam reduzir a pessoa a inimigo, perdendo o seu status de pessoa, sujeita de direitos, transformariam a vida em inferno. Nesse sentido, o delito de pedofilia sendo imputado às diversas pessoas da sociedade, imagine o quanto causaria prejuízo a essas pessoas, mesmo elas sendo inocentes. Desse mesmo modo, um professor, um motorista escolar, um padre, todas as pessoas que fossem acusadas por algo que não fizeram se deslocariam de pessoas a redução de potencialmente inimigas, mesmo não tendo culpa pelos acontecimentos. Portanto, para ser inimigo, para perder esse status de pessoa, não precisa necessariamente ser culpado, já basta a acusação que abre portas para se ter sua condição de vida reduzida à vida nua, como um inferno.

Destarte, em primeiro lugar, para que tenha a punição devem ter ocorrido falhas, senão não há que se falar em culpado. A punição faz parte da sanção⁸ do culpado (AGAMBEN, 2017a). O *homo sacer* figura como exemplo. A partir do momento que é decretado o *homo sacer*, qualquer um que o degrade não terá punição, pois, teoricamente, não se deve ter punição enquanto não há culpa, aliás,

⁸ No sentido estrito, a sanção faz parte da literalidade do enunciado, podendo significar transformar-se em sagrado, *sacer*.

ela só tem existência perante um resultado de um ato. Dessa forma, não se tem falhas em cometer lesões a um *homo sacer*.

A ação de alguma pessoa ocasiona o seu destino, dependendo de a ação ser boa ou má, recolhe destinos diferentes. O destino advém sempre de ações anteriores a ele, por exemplo, se uma pessoa vai acarretar seu destino condições desfavoráveis do ponto de vista de uma vida trágica, essas condições surgem de sua ação, ou como Giorgio Agamben diz da *karman*⁹ (AGAMBEN, 2017a). Entretanto, como saber o que será a ação falha ou o conteúdo determinante que vai ditar o comportamento social? Suas ações já não se encontram estruturadas na sociedade?

A resposta ao questionamento caminha no mesmo sentido de pensar como que se gera a consciência nas pessoas e como que elas se orientam perante a sociedade. Segundo Günther Jakobs (2003), apenas haverá consciência se, no ambiente onde se deva ocorrer essa conscientização, corresponder a um sistema que seja favorável, seja o cumprir normativo seja o não cumprir normativo, em ambos os casos, existe a motivação.

Esse termo motivação, de Günther Jakobs, parece ter semelhanças com o que Giorgio Agamben vai chamar de vontade. Para Giorgio Agamben, os gregos definiram o termo vontade, o qual abrange um sentido plural, *boulesis*, com o sentido de desejo, intenção; por outro lado, *boule* representa a ideia de projeto, ou até mesmo de conselho; como *thelesis* significa estar pronto, disposição em fazer algo. Nesse sentido, a questão pode ser que não se encontre, respectivamente, na esfera da vontade, mas nas possibilidades de concretizar essa vontade, sendo que “a ação é sempre secundária ao seu fim” (AGAMBEN, 2017a, p. 56).

Giorgio Agamben (2017a, p. 56) traz o *Paradoxo de Palamedes de Górgias* no qual não tem como acreditar que um sábio pode cometer um delito, pois, se ele comete, logo não pode ser considerado mais sábio. O ato delituoso se encontra dentro da esfera do conhecimento? Nessa linha de pensamento, que pode ser presenciada pela criminologia grega, num viés socrático, comete crime quem não tem sabedoria para entender que aquela ação pode ser considerada criminosa, sendo assim, a culpa não é intencional, mas sim ignorância; se considerar o

⁹ Não se deve perder de vista, dentro de um contexto budista, esse conceito *karman*, nada mais é do que se envolver com a ação consciente de suas ações, sabendo que seu destino tem origem nas suas ações.

platonismo que admite que qualquer sujeito seria passível de cometer, em suas ações, o mal e que apenas poucos teriam a sabedoria da filosofia; ou se considerar o sentido aristotélico o qual admite que a ação se envolve com a ética, com a *eudaimonia*, a ética para felicidade:

A centralidade da ação para a dimensão ética – ou seja, para a felicidade – não poderia ser estabelecida com mais força. Como, na cena entre personagens, os personagens não agem porque são caracterizados de uma certa maneira (Antígona não desafia Creonte até a morte), mas, ao contrário, assumem aquele determinado personagem por meio de suas ações, assim os homens não são felizes ou infelizes porque têm um caráter mais ou menos bom, mas porque agem certo ou errado (AGAMBEN, 2017a, p. 67).

Tal enquadramento leva em consideração conceitos aristotélicos que prezam a ação responsável, nada mais do que a necessidade ética. Cabe aqui direcionar para outro campo específico da discussão, o direito penal, uma área que contém uma das mesmas finalidades da essência do próprio direito, o controle social. E é aqui que mora o perigo do direito, ao mesmo tempo que o direito penal pode procurar seu desenvolvimento por intermédio do cuidado das pessoas, tutelando o próprio ser humano, pode se apresentar como um *dispositivo* que se insere na esfera da ameaça:

Pensar alguma coisa a partir de um dispositivo no registro agambeniano significa manter os termos da relação numa articulação que mantém sua heterogeneidade; é pensar a relação entre os termos sem confundir-los ou recair numa identidade sintetizadora; é também pensar os termos em questão a partir de uma perspectiva não substancialista, mas ficcional, no sentido de algo que foi meticulosamente articulado ao longo do tempo, sobretudo por especialistas [...] (BRUM NETO, 2020, p. 566).

Os dispositivos em larga escala já foram ressaltados, especialmente, no quesito disciplina. Entre os séculos XVII e XVIII houve grande avanço em dispositivos disciplinares cujo escopo é a busca por indivíduos úteis, conectando a vida à lei. Deparando com Günther Jakobs, neste ponto, ele entende que diversas instituições jurídicas criminais se encontrariam com esse mesmo fim aos indivíduos (LOAIZA, 2016). Esse quadro, portanto, revela um problema típico, a vida mediante os mais variados dispositivos.

Nesse sentido, o dispositivo tem diversos fins, seu conceito não se engessa numa única manifestação, dado que ele orienta, determina, modela, controla,

assegura e se figura não só nas instituições sociais disciplinadoras, mas num simples objeto do cotidiano (como a caneta, por exemplo) em razão de sua conexão com o poder (AGAMBEN, 2005). Ora, os dispositivos podem contribuir para produção do inimigo, direcionando as pessoas à vida nua, o cidadão pode se tornar suspeito por excelência por meio dos dispositivos.

Então, se é pessoa, tem direitos, e, se tem direitos, está sempre sujeito a um dispositivo de poder. Desse modo, ter direitos não representa ter liberdade plena sobre sua vida, mesmo que tenha direitos, já que se serão respeitados ou não, depende de fatores além da existência de lei. Walter Benjamin (1987, p. 226) já dizia que o estado de exceção é confundido com o próprio Direito, pois

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nessa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica [...].

Giorgio Agamben utiliza-se do entendimento de Walter Benjamin ao aduzir que o soberano não é quem decide a propositura do estado de exceção, a violência também decide a exceção e, para os oprimidos, a exceção se torna direito. Há exemplos do cotidiano americano que podem representar essa linha de entendimento, basta notar o *Military Order*¹⁰ e *Patriot Act*¹¹ (AGAMBEN, 2004, p. 14),

¹⁰ “Em 1968 o legislador regulou esta matéria no Título III do *Omnibus Crime Control and Safe Secret Act*. A citada lei estabeleceu as condições para obter a autorização. Se exigia, em todo caso, que os órgãos policiais fossem capazes de demonstrar a existência de suspeitas probatórias suficientes, em um *affidavit*, para manter a acusação. A regra geral se situou, portanto, na necessidade de autorização, embora existissem numerosas exceções. Mas ainda nas hipóteses de interceptação sem autorização se exigia que esta – a interceptação – tivesse sido realizada a investigação dispusera de elementos probatórios suficientes, capazes de justificar a interceptação. A lei estabelecia expressamente, entretanto, que a matéria nela contida não limitava os poderes presidenciais para adotar alguma medida necessária, a seu critério, para proteger a nação de ataques reais ou potenciais ou de outros atos hostis provenientes de forças estrangeiras, para obter da inteligência estrangeira informação considerada essencial para a segurança dos Estados Unidos ou para proteger informação concernente à segurança nacional da atividade desempenhada pelos serviços estrangeiros de inteligência. Em suma, uma interceptação sem autorização é sempre possível quando se trata de investigações nacionais ou internacionais cuja finalidade seja salvaguardar a segurança nacional”(VERVAELE, 2014, p. 35).

¹¹ “O *Patriot Act* é uma lei extensa e complexa que introduz modificações substanciais em 15 leis federais e que confere extraordinários poderes executivos a estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência. Não obstante, apesar da complexidade de muitas de suas normas e sua incidência sobre valores constitucionais, foi aprovada pelo Congresso através de um procedimento de urgência, sem debate nem emendas dignas de destaque. Embora o documento tenha incorporado propostas anteriores a 11 de setembro, estas assumiram um papel claramente secundário no debate

dois programas de governo norte americano que inserem em uma política normativa de combate ao terrorismo. Eles ultrapassam o respeito aos direitos humanos, deixando em evidência que a exceção está nas democracias com aparência de legitimidade e via de legalidade.

O soberano, para Walter Benjamin, se encontra numa posição de indecisão e, como não tem essa qualidade de decidir amplamente, desenvolve a violência contra seus súditos. De todo modo, um grave problema, que é identificado como estado de exceção, traz a esfera do indesejável do ponto de vista do soberano, pois a exceção é algo que o soberano não consegue controlar. Se fosse refletir no que se qualifica a função do tirano, diz que “a função do tirano é a restauração da ordem na situação de exceção: uma ditadura cuja utopia será sempre a de colocar as leis férreas da natureza no lugar do instável acontecer histórico” (BENJAMIN, 2013b, p. 70).

Por sua vez, Giorgio Agamben desde uma outra perspectiva, observa a figura do soberano reaparecendo pela própria exceção, sendo que “[...] o poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *phýsis* e *nómos*” (AGAMBEN, 2010, p. 43), representando o que ele chama de paradoxo da soberania, mas

Qual é, na realidade, o paradoxo da soberania? Se o soberano é, segundo a definição de Carl Schmitt, aquele que tem o poder legítimo de proclamar o estado de exceção e de suspender, de tal modo, a validade do ordenamento jurídico, o paradoxo do soberano se pode então enunciar desta forma: “o soberano está, ao mesmo tempo, fora e dentro do ordenamento”. A precisão “ao mesmo tempo” não é supérflua: o soberano, na verdade, tendo o poder legítimo de suspender a validade da lei, se coloca legitimamente fora dela. Por isso, o paradoxo da soberania se pode também formular deste modo: “a lei está fora de si mesma, está fora da lei; ou: eu, o soberano, que estou fora-da-lei, declaro que não há fora-da-lei” (AGAMBEN, 2005, p. 92).

Complementando, se existe soberano, existe súdito, o qual não passa de um indivíduo que pode ser sacrificado, mas, para isso ocorrer, basta a vontade do

do Congresso, sobretudo porque uma ampla maioria as considerava letais para os direitos civis e, inclusive, colocavam em sua dúvida sua compatibilidade com a Constituição. Na realidade, a proposta foi negociada pelo governo a um grupo heterogêneo de membros do Congresso em três semanas. O Attorney General Ashcroft solicitou ao Congresso sua aprovação imediata e incondicional, alegando a iminência de novos ataques que foram anunciados pelo FBI em 11 de outubro” (VERVAELE, 2014, p. 33).

soberano. Esse súdito pode se encontrar em algum momento distante da lei, mas não fora da lei, sendo que ele não é indivíduo que passa agir com ilegalidade, mas abandonado pelo próprio sistema legal. Tal descrição mostra que

[...] 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 “a 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”, como em mesa *bandita* e a *redina bandita*). 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 (AGAMBEN, 2010, p. 36).

O súdito se encontra numa relação de abandono, enquanto o soberano, então, se encontra num paradoxo, fora do direito e, ao mesmo tempo, se encontra dentro do direito. O soberano, assim, possui as opções de ser um fora da lei, contendo relação de inclusão e exclusão em seus súditos, embora o direito não possa negar sua abrangência de universalidade, ocorre, dessa maneira, a exclusão do seu uso, mas também a inclusão de sua exceção.

Se no estado de natureza se encontra a intenção do mais forte, o soberano se identifica numa vertente próxima a essa, assim, algo que ocorre no estado de natureza pode ocorrer no estado de direito, a violência por parte de uma certa soberania. Por isso é importante imaginar que a opção de decisão se a norma entra em vigor ou não é dele, do soberano; ou até mesmo se parcialidades de injustiças serão realizadas parte da vontade desse soberano. Nesse diapasão, tanto no estado de natureza como no estado de direito, as pessoas podem ficar numa relação de abandono normativo.

Fica nítido que “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” (AGAMBEN, 2010, p. 91) e como é evidente que os direitos humanos, mesmo tendo uma vigência universal, essa vigência não significa sua garantia (JAKOBS, 2006b).

Novamente, pergunta-se de que adianta ter direitos? Embora necessários, eles podem permanecer com a vida do sujeito, mas, ao mesmo tempo, desaparecer. É preciso ressaltar que todos podem ter suas vidas desprivilegiadas de valor, não

importa o quanto tenham de direitos. Cabe lembrar, para tanto, o estado de exceção de Giorgio Agamben condiz com essa consequência, acerca do qual o direito penal do inimigo de Günther Jakobs também.

3.2 O soberano como sombra teórica de ambos os pensadores

Uma das mais célebres discussões do mundo jurídico advém do conflito de quem daria a última resposta, sob tal enfoque, observa-se o direito simplesmente reduzido às normas jurídicas, e quem protegeria esse conjunto de normas é um órgão técnico; por outro, enxerga-se não a norma, mas o soberano, ele optaria por aplicar a norma ou não (SCHMITT, 2009). Nesses moldes, segue o questionamento ordinário deste capítulo sobre o direito: quem afinal vigora, o direito ou o soberano?

Se for reduzir o direito à lei pode até aparentar que é uma opção fácil para encerrar as injustiças causadas na sociedade, já que as pessoas teriam que, em regra, cumprir a legalidade e, assim, não ultrapassariam os limites legais. No entanto, em dado momento, podem existir leis que tenham valores totalitários, nessa hipótese, compreende-se que nem sempre as leis são justas, pode acontecer, inclusive, do legislador criar uma série de legislações que são tidas como injustas. O segundo ponto é que não é porque existem leis que a população como um todo vão respeitá-las.

Por outro lado, há a possibilidade de não pensar o direito como uma ciência normativa. Nos moldes que Hans Kelsen (1999) havia imaginado com o positivismo jurídico, em sua teoria pura do direito, pode existir outra possibilidade, a de compreender o direito via o decisionismo jurídico; diferente do positivismo jurídico, essa opção acredita que quem afinal decide é o soberano, e não o sistema normativo.

Para complementar esse último posicionamento, cabe citar um dos maiores críticos do positivismo jurídico, considerado também como um teórico do autoritarismo, Carl Schmitt, jurista de influências hobessianas, o qual foi filiado ao nacional-socialismo, e que, por esse e outros motivos, foi proibido de retornar suas atividades como docente. A bem dizer, Carl Schmitt se encontra no rol de juristas contrários ao positivismo jurídico, caindo por terra quem acredita que ele preza pela segurança jurídica com base normativista, essa vertente poderia ser Kelseniana,

mas não Schmittiana. E é bem por aí que se desenvolve o raciocínio de Carl Schmitt como teórico do decisionismo jurídico.

Esse jurista, como já elucidado, deposita suas críticas ao positivismo jurídico desde suas primeiras obras; bem como, outrora, posicionava-se por um Estado glorioso, representado pela força, onde o soberano origina o direito, mas despreza a autonomia individual do cidadão (SCHMITT, 2009). Carl Schmitt evidencia que o Estado glorioso, na sua concepção, deve ser forte, dando amplos poderes ao Poder Executivo, excluindo a visão de que a norma fosse autossuficiente.

As principais teses de Carl Schmitt a este respeito são desenvolvidas na obra *Teologia Política*, que é dividida em duas partes, transcorrendo entre essas partes quase 40 anos¹²; na fase inicial de seu primeiro livro, Carl Schmitt (2009, p. 87) narra que o “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, assim sendo, a origem do poder soberano não é o contrato social, como prezam os contratualistas, nem se quer a norma como única fonte do poder soberano, como idolatravam os positivistas jurídicos, mas o próprio soberano, antecedendo a ordem jurídica em seu decisionismo.

O soberano se identifica como um Deus, o qual tem o poder de decisão, inclusive, de suspensão da ordem divina, originando algum milagre (SCHMITT, 2009). Segundo Carl Schmitt (2009, p. 93): “Todo o direito é um direito ‘situacional’. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão”. É ele quem toma a decisão, além disso, é ele quem decide se sua interpretação será de uma maneira ou de outra, se acompanhará os parâmetros normativos ou não, “quem tem poder de decidir a periculosidade de uma vida para a ordem é a vontade soberana. Já que qualquer um pode ser perigoso para a decisão soberana, por qualquer motivo por ela determinado” (RUIZ, 2013c, p. 34).

Dessa forma, “a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito” (SCHMITT, 2009, p. 39-41), bem como “a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito” (SCHMITT, 2009, p. 14). Se tem autoridade, por conseguinte, é um soberano e agregará a oportunidade de propor sua visão na relação bilateral entre soberano e submisso, pois todo soberano tem

¹² A primeira parte foi publicada em 1922, já a segunda parte foi em 1960.

uma relação de bilateralidade, se existe um soberano, conseqüentemente, existe um súdito submisso, “cada norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que frente a ela é totalmente anormal” (SCHMITT, 1992, p. 72).

Importa notar que o contexto no qual foi desenvolvida essa linha de raciocínio Schmittiana, era de crise política das primeiras décadas do século XX, pois a Alemanha, o último país a se unir à Europa, apresentava um momento conturbado pós Primeira Guerra Mundial, sendo enfraquecida economicamente pelo Tratado de Versalhes¹³ e que imputava a ela uma sanção econômica impagável, além de contar com outro grande contratempo, a inflação elevada. Sabe-se também que a fragmentação religiosa era outro infortúnio da Alemanha, uma vez que nela residia grande concentração de católicos perante a alta congregação de protestantes, adentrando uma relação religiosa conflitiva. A política se identificava nesse mesmo caminho, sendo conduzida de maneira conturbada (DYNIEWICZ, 2016).

A partir de todo esse momento turbulento econômica, social e politicamente, que é promulgada a Constituição de Weimar, em 1919, no dia 11 de agosto. Essa Constituição, a qual foi tida como uma das primeiras Constituições qualificadas como social-democrata, apresentava, em sua parte inicial, a adoção do parlamentarismo, contendo um presidente republicano com mandato de 7 anos, sendo a eleição voto direto, secreto e universal. O presidente teria muita força a ponto de até mesmo poder dissolver o parlamento, de comandar as forças armadas, de suspender os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, de optar ou demitir o Chanceler (DYNIEWICZ, 2016).

Cabe aqui ilustrar que o soberano é fundamentado via artigo 48 da Constituição de Weimar (1919):

Art. 48: quando um Estado não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança pública estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem públicas, inclusive com a ajuda da força armada caso necessário [...] (ALEMANHA, 1919).

¹³ Tratado de paz imposto estabelecendo que a Alemanha era responsável pelos prejuízos da Primeira Grande Guerra Mundial.

Nesse diapasão, os poderes do presidente são amplos e suas possibilidades, vistas pelo ângulo de sua competência, são elevadas, podendo ocasionar diversas alterações na sociedade política. Não por acaso, revela a figura do soberano, contendo sua vontade a possibilidade de mudança quando a ordem jurídica não oferece alguma solução para encerrar a anormalidade. Dessa forma, entraria a oportunidade da decisão do soberano em prezar pelo estado de exceção. Com efeito,

Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão libertar-se de qualquer vínculo normativo e tornar-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz. Os dois elementos do conceito "ordem jurídica" defrontam-se e comprovam sua autonomia conceitual. Assim, como no caso normal, o momento autônomo da decisão pode ser repellido a um mínimo; no caso excepcional, a norma é aniquilada. Apesar disso, o caso excepcional também permanece acessível ao conhecimento jurídico pois ambos os elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito jurídico (SCHMITT, 1996, p. 13).

Essa visão de soberano e exceção de Carl Schmitt irá contribuir no desenvolvimento do pensamento crítico de Giorgio Agamben, mas, antes de entrar nessa explicação, é interessante compreender que, a esse respeito, Oswaldo Giacóia Junior (2006, p. 93) expõe que:

Se combinamos agora as análises de Agamben com as de Carl Schmitt, teremos como resultado que o caso de exceção é tanto a situação que resulta da suspensão da ordem como a criação e garantia do estado de normalidade, reinando de fato, como pressuposto de eficácia de normas jurídicas.

Giorgio Agamben entende que existe a oportunidade de se originar a exceção por meio do soberano, o direito válido perante o ordenamento jurídico não traduz uma eficiência em solucionar sempre o caos, por isso abre-se a necessidade da exceção. E, se for delimitar quem pode ser esse soberano, ele se encontra como aquele que toma a decisão, quem rege o estado de exceção, é aquele que vai utilizar a força de lei sem lei (AGAMBEN, 2007).

Como se fosse um maestro, ele toma a decisão de guiar seus músicos; o soberano funcionaria da mesma forma, regendo o estado de exceção, originando-o

e até mesmo definindo-o, causando também a sua suspensão, pois ela é determinada pelo próprio soberano. É ele que goza do momento de início como o momento de fim. Carl Schmitt também não despreza a prática de revoluções via legalidade, a ponto de chegar a algum momento em que não consegue se perceber a exceção da legalidade.

Não por acaso, Oswaldo Giacóia Júnior (2006, p. 89) explicita que:

[...] Agamben tanto quanto para Schmitt, o conceito de exceção é essencial para um entendimento jurídico de soberania e, por causa disso, não pode ser considerado de um ponto de vista meramente político ou sociológico, como um suporte fático para aplicação da norma jurídica, mas como um elemento estruturante das relações entre o direito e a vida. O reconhecimento desse papel estruturante na relação necessária entre normalidade (ordem) e exceção, Agamben o extrai do decisionismo jusfilosófico de Carl Schmitt.

À vista disso, Andityas Soares de Moura Costa Matos (2012, p. 283) diz que “o que importa aqui é a questão central do soberano, ou seja, aquela autoridade capaz de dizer a exceção”, claro que o posicionamento de Giorgio Agamben não é idêntico ao posicionamento de Carl Schmitt, pois, para este último, o soberano é aquele que tem o poder de decisão, e, para Giorgio Agamben, o soberano pode ser aquele que tem sua vontade ocultada, mas que, no momento oportuno, irá aparecer,

A especificação “ao mesmo tempo” não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também deste modo: “a lei está fora dela mesma”, ou então: “eu, o soberano que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei” (AGAMBEN, 2004, p. 54).

Com o exposto, consegue-se perceber que Giorgio Agamben tem influência do pensamento de Carl Schmitt, ele, inclusive, cita em sua produção bibliográfica diversas vezes o pensador alemão, ainda que se utiliza das análises de Carl Schmitt para desenvolver uma tese contrária em relação ao valor da soberania e às implicações do poder soberano sobre a vida humana.

No entanto, direcionando para outro alemão, o jurista Günther Jakobs, este, em suas entrevistas, não cita Carl Schmitt, nem em seus livros. Convém, porém, ressaltar que, em sua teoria do direito penal do inimigo, existem algumas particularidades e imprecisões conceituais, entre elas a ideia do inimigo. Para

compreendê-la, é interessante passar pelo pensamento de Carl Schmitt, mesmo que Günther Jakobs elucide que sua visão não tem relação. Nesse panorama,

Para Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que separa mais bem os que temem a Deus dos que não temem Deus aos oponentes políticos no sentido hoje habitual. O conceito de Schmitt não se refere a um delinquente, mas sim ao hostil, ao outro; dentro do Estado, somente quando se chega a uma guerra civil existe uma confrontação política no sentido de Schmitt. Ao contrário, o inimigo do Direito penal do inimigo é um delinquente de aquilo que cabe supor que não são permanentemente perigosos, um inimicus. Não é o outro, mas sim que deveria comportar-se como um igual e por isso se atribui culpabilidade jurídico-penal, diferente do hostil de Schmitt. Se nas minhas considerações houvesse feito referência a Carl Schmitt, isso teria sido uma citação radicalmente falida (JAKOBS, 2008, p. 50).

Com base na fala de Günther Jakobs, o entendimento de Carl Schmitt se encontra dentro de um conceito teológico, não se delimitando à figura do delinquente da esfera criminal.

Isso denota que, para Carl Schmitt, a definição de política tende a ter uma essência argumentada perante uma dualidade, que perpassa entre o amigo/inimigo. Ressalvando que, a fim de haver a homogeneidade, precisa-se definir quem é o inimigo, para, dessa forma, afastá-lo, assim, mantém-se a integridade dessa homogeneidade. Segundo Carl Schmitt (1992, p. 61):

O inimigo não é algo que por alguma razão devemos ignorar ou destruir como não se tivesse nenhum valor. O inimigo se coloca no meu próprio nível. Nesse sentido devo engajar como o inimigo oposto, para estabelecer a própria medida de mim mesmo, minhas próprias fronteiras, meu próprio *Gestalt*.

O inimigo não está personalizado no indivíduo moralmente bom, nem mal, o inimigo se encontra como o outro, aquele que até mesmo pode ter uma relação negocial, sendo que uma sociedade, a qual procura por união política, precisa ditar quem é seu inimigo, bem como quem é seu amigo. Esse outro pode ser o Estado ou uma pessoa, inclusive um grupo de pessoas.

Ademais, “a diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação” (SCHMITT, 1992, p. 52), sendo apresentada de inúmeras formas. Essa linha de afirmação de Carl Schmitt é vista em Günther Jakobs, ambos entendem que

o inimigo pode ter diversas formas, ele não se encontra delimitado no tempo, não precisa ser singular e se apresenta no plano da pluralidade de seres também.

O conceito de inimigo de Carl Schmitt tem origem nas palavras romanas *inimicus* e *hostis*. A esta segunda nomenclatura deve ser dada maior atenção, pois ela alcança a ideia de inimigo político que, naquela seara, é aquele que se encontra apartado da comunidade; diferentemente do *inimicus* que tem cunho mais pessoal. Além do mais, ambos os conceitos partem da ideia de inimigo, mas contendo axiomas divergentes, *hostis* caminha num sentido mais político, não se confundido como *inimicus*, dentro da perspectiva pessoal.

No que tange a isso, a interpretação de Günther Jakobs é de que a visão dele é delimitada no criminoso, diferente da interpretação de Carl Schmitt. Nesse sentido, Carl Schmitt usufrui do *hostis*, enquanto, para Günther Jakobs, o inimigo dele está mais direcionado ao *inimicus* (MIZHARI; JAKOBS, 2012). No entanto, ao longo dos textos de Günther Jakobs, percebe-se o uso da ideia de inimigo em diversos sentidos, ele não se limita ao cunho pessoal, mas também não se limita ao cunho político, e sim se envolve com os dois sentidos. Inclusive, inicialmente, ele faz uma análise descritiva para depois seguir como proposta política de quem é o inimigo.

A dificuldade de se lidar com essa imprecisão de influência fica mais evidente se for analisar que, pelo sentido de Günther Jakobs, o indivíduo que não tem solução também deve ser tratado como inimigo. Nesse sentido, pode aparentar uma divergência com Carl Schmitt, mas, na sua concepção, não se pode trazer a ideia de inimigo para todas as situações. Em sua perspectiva, ele não se limita a taxar as hipóteses de considerar alguém como inimigo, mas, normalmente, invoca a ideia da persistência no sentido não de reincidência, mas no sentido de não ter a intenção por mudança.

Nesse diapasão, com o inimigo, existe a possibilidade de se desenvolver conflitos, os quais poderiam ser necessários desobedecer, inclusive, à normatização geral. Outrossim, a ideia de inimidade é levantada abandonando o sistema normativo, afinal, o inimigo contraria o conjunto, nega os valores essenciais do mundo, entre esses, a segurança e a racionalidade, e por isso existe a possibilidade de guerra em face do inimigo.

Enquanto se presencia o inimigo, conseqüentemente, existe a possibilidade de guerra, não que ela seja desejável ou idealizada, mas é um efeito, já que existe o

outro. Para tanto, deve-se gerir essa guerra para se manter a integridade social e uns dos meios para se obter esse resultado pode ser o direito penal. Notadamente, Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2018) também não abandona essa ideia de guerra, principalmente, porque ele direciona o que chama de direito penal do inimigo aos inimigos, agindo da coação física à guerra, trazendo a ideia da inimidade perante o direito penal de exceção. Se é o soberano quem decide o estado de exceção, no caso do Günther Jakobs, o soberano é quem decide o momento de utilizar o direito penal de exceção que ele vai intitular de direito penal do inimigo, ou seja, quem vai interpretar quem é o inimigo é o soberano, ele que vai considerar os requisitos para se tornar o inimigo.

Assume-se, como Carl Schmitt (1992, p. 50) diz, que o inimigo é aquele que vai contra um valor fundamental, entretanto:

No âmbito da moral, as diferenciações últimas são bom e mau, no estético, belo e feio; no econômico, útil e nocivo ou, por exemplo, rentável e não rentável. A questão é, então, se também há uma diferenciação particular, certamente não semelhante nem análoga àquelas outras diferenciações, mas, no entanto, uma diferenciação independente em relação a elas, autônoma e, enquanto tal, elucidativa sem mais enquanto critério simples do político, à qual se podem reconduzir as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo.

Esses inimigos, inclusive, podem estar presentes não apenas externamente, distantes, mas internamente, mais próximos, podem existir inimigos internos e, se tem essa existência, eles devem ser confrontados. Ora, para se manter uma unidade política, almejando uma igualdade democrática, devem ser confrontados seus inimigos, deve existir a guerra (SCHMITT, 2009), a ponto de dever ser combatido todos os inimigos a fim de preservar a unidade política, pensa Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2018). Ele não vai dizer com as mesmas palavras, mas se dirigirá ao tratamento do inimigo com a mesma preocupação, respeitar o direito de tal modo para mantê-lo existente. Sem esse respeito, fica mais fácil ele se tornar inoperante a ponto de não conseguir mais realizar o seu fim.

Assim, a partir da guerra, pode-se buscar alcançar o fim da desordem. Carl Schmitt entende que, por meio dessa proposta, existe a procura pelo equilíbrio, o retorno à sustentação social da ordem. Além disso, percebe-se que o conflito faz parte da natureza das pessoas. Um Estado forte, como imaginava Carl Schmitt, tende a ter a competência de classificar quem é o amigo e quem é o inimigo,

mediando esse conflito, busca a manutenção social e, para combater o que tenha sido declarado como inimigo, em prol da unidade política organizada internamente, nem sempre vai conseguir respeitar as ataduras constitucionais. O Estado forte deve, nesse caso, tratar os inimigos pertencentes a essa ditadura por meio das exceções, de acordo com a situação ocasionada (SCHMITT, 1985).

Outro detalhe, em que se coincidem, está na preocupação de não difundir a ideia do inimigo como qualquer pessoa. Carl Schmitt chega a falar de sua preocupação de identificar no criminoso o inimigo, de outra forma Günther Jakobs faz esforço em não identificar o inimigo em qualquer criminoso. Ambos têm a preocupação de generalizar o conceito de inimigo para qualquer sujeito que é tido como criminoso, mas nem todo criminoso é inimigo. Segundo Fernando Vidal Brito (2020, p. 56), embora Günther Jakobs não cite Carl Schmitt, essa referência tende a ter laços de afinidade com sua concepção teórica do direito penal do inimigo, pois:

[...] A noção do contexto amigo/inimigo é fundamental na leitura que Schmitt faz de Rousseau e que acaba por influenciar na criação da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Retornando ao ponto em relação à leitura de Schmitt da vontade geral, faz-se necessário definir que para este não há a formação de uma unidade política com o contrato social ou constituição, esses apenas servem como exposição da unidade política pressuposta e por isso toda a ação política pertence ao povo, que acaba sendo fonte de todo poder.

Carl Schmitt tem como uma de suas bases teóricas Jean-Jacques Rousseau, percebe-se isso, não só com sua noção de amigo/inimigo, mas também com a noção de vontade da nação. Jean-Jacques Rousseau não utiliza a mesma nomenclatura, ele utiliza a vontade geral, mas, em termos de conceito, assemelha-se com a ideia proposta, posteriormente, por Carl Schmitt.

Por outro lado, Jean-Jacques Rousseau (2010) identifica a igualdade perante o contrato social, sendo que, para ele, o verdadeiro sentido de se ter Estado é a equivalência total. A aplicação da lei não pode ser divergente dependendo do indivíduo. Pode até ser que Günther Jakobs mencione que utilizou Jean-Jacques Rousseau, e não Carl Schmitt, porém tem peculiaridades que ele fica mais próximo dos posicionamentos do pensador alemão do que de sua referência.

Para Marlon Eduardo Barreto (2010) o direito penal do inimigo de Günther Jakobs recorda dos pensamentos de Carl Schmitt, principalmente, na configuração de um estado forte, com poderes ilimitados pelo soberano. Assim, quando se demonstra o quão é desenvolvido o direito penal do inimigo por meio do poder

soberano, poder este que elege seus inimigos e converge numa grande insegurança aos cidadãos no tocante aos seus direitos, enfatiza-se traços de conexões nos pensamentos de ambos filósofos.

Guillermo Portilla Contreras (2007) entende que existe um vínculo entre Günther Jakobs e Carl Schmitt, mesmo não havendo citações referente a bibliografia de Carl Schmitt, na opinião desse autor trata-se de descuido por parte de Günther Jakobs. Ademais, o direito penal do inimigo assume a possibilidade de optar por quem é o inimigo, assumindo, assim, uma abordagem Schmittiana. Desse modo, a normalidade se encontra numa confusão entre guerra e atuação policial, desaparecendo as garantias jurídicas e legitimando um direito penal e processual sem garantias fundamentais. Não obstante, adota-se a interpretação de que inimigo é aquele que deve ser aniquilado se for preciso para preservar a ordem estatal, mediante a decisão soberana, sendo que essa linha de pensamento justificaria quem se encontra como cidadão e quem se localiza como inimigo, reprisando a filosofia do amigo/inimigo de Carl Schmitt, além de justificar situações como as dos prisioneiros de Guantánamo que alcançam o patamar de inimigo ou a de exemplos como o tratamento jurídico em torno de indivíduos como Saddam Hussein. Enfim, o direito penal do inimigo de Günther Jakobs representa o decisionismo soberano de Carl Schmitt.

Após todos esses diálogos, identifica-se a existência de vínculo entre Günther Jakobs e Carl Schmitt. Mas deixando claro em qual sentido é esse vínculo, nota-se que não é de uma concepção seguir a outra, nem ser gerada a partir dela, apenas demonstram-se coincidências em suas linhas de pensamento. Embora não se sigam, coincidem-se; embora aparente ser divergente os conceitos de inimigo e de criminoso, ocorrendo inicialmente a ideia de oposição, Günther Jakobs não se limita a dizer que o criminoso não possa se tornar um inimigo. A dualidade existente em sua teoria, ao trazer o cidadão e o inimigo, não surge a partir de Carl Schmitt, segundo ele mesmo afirmou, mas coincide com pensamento do amigo/inimigo dele.

Giorgio Agamben e Günther Jakobs passam não no plano integral do entendimento, mas por resquícios de algumas linhas de pensamento de Carl Schmitt. Enquanto o primeiro tende até citar o referido pensador, o segundo não referência sua linha de pensamento à Carl Schmitt, mas pode-se concluir que, em partes de seus posicionamentos, coincidem-se. Portanto, esse pensador alemão

pode ser considerado sombra teórica de ambas as concepções dos pensamentos estudados aqui.

3.3 Similaridades dos pensamentos na vida desprovida de valor

Se Günther Jakobs não deixa taxativo quem pode ser o inimigo, qualquer um pode ser o inimigo, e, se Giorgio Agamben levanta a ideia de que qualquer um pode ser o *homo sacer*, começa, a partir de agora, a identificação dos pontos de intersecções de seus pensamentos, não no sentido que um utilizou a proposta do outro, mas que ambos desenham uma similaridade em seus pensamentos em relação à vida desprovida de valor.

Giorgio Agamben compreende que o estado de exceção se torna permanente e o *homo sacer* é onde se encontra o sujeito na contemporaneidade. Se for pensar, o sujeito está em uma “terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida” (AGAMBEN, 2004, p. 12). Nessa citação está definida um panorama de parte do contexto do sujeito, sublinhando o intercâmbio como pessoa e indivíduo. Quando se fala sobre pessoa, postula a ideia de sujeito de direitos e deveres, de cidadão, mas quando se fala sobre indivíduo se encontra o posicionamento contrário.

O direito se encontra como meio de buscar justiça, como meio de procura pela paz, mas também se apresenta em meio a sacralidade, o que conserva a interpretação do soberano a qual pode ser negativa ou positiva do ponto de vista social, não se distanciando da institucionalização da violência (GIACÓIA JÚNIOR, 2008c). Nesse diapasão, o conceito de “vida sem valor” (ou “indigna de ser vivida”) aplica-se, antes de tudo, aos indivíduos que devem ser considerados “incuravelmente perdidos”, em seguida a uma doença ou ferimento e que, em plena consciência de sua condição, desejam absolutamente a “liberação” (AGAMBEN, 2002, p. 145).

A exceção leva a crer que não tem limites sua aplicação. A existência conceitual do estado de exceção revela a desigualdade perante a aplicação jurídica, pois, se a exceção vive, quer dizer que não está sendo seguido o direito, uma vez que só existe exceção se têm direitos. Em regra, todas as pessoas devem respeito ao sistema normativo, assim como esse mesmo sistema deve atingir a todos, sem distinção, mas a exceção rompe essa linha de raciocínio. Tem pessoas que são

sujeitos de direitos, mas podem ser abandonadas pelo direito, não vão participar dos benefícios ou malefícios deste. Nesse contexto, o direito nem sempre será usufruído por todos. Essa é uma crítica importante do ponto de interação entre a narrativa do *homo sacer* de Giorgio Agamben e a narrativa de inimigo de Günther Jakobs.

É preciso entender que o conceito vida humana pode caminhar com outro conceito relevante, o conceito de bando (AGAMBEN, 2010). É preciso considerar que o bando conecta o poder soberano com a vida nua, pois “é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois polos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano” (AGAMBEN, 2010, p. 117). Nesse sentido, a vida humana tem relação com a exceção, da mesma maneira que essa vida tem uma relação de bando. Em outras palavras, o indivíduo que é banido em razão da lei, não se torna um fora da lei, só se encontra abandonado, exposto à possibilidade da violência que a natureza jurídica acarreta. Então, a violência se demonstra perante o soberano que, mesmo tendo uma lei existente, não vê viva o seu significado.

Esse conceito, segundo Oswaldo Giacóia Júnior (2014), é a forma originária da política, não é fruto da modernidade política, vem do termo alemão *Bann*, o qual significa poder de governo, assim como direito de banir, recorda-se, dessa forma, do termo bandido e banido, respectivamente, *Bande* e *Bann*, expressões em alemão. Com efeito, pode o indivíduo estar sem proteção jurídica e exposto à violência, ele está à mercê do soberano que o abandonou ou que pode abandoná-lo. A suspensão da pessoa da proteção jurídica, condiz com o direito penal do inimigo, sendo este, um direito penal de exceção, bem como condiz com o estado de exceção, nas duas concepções o indivíduo se encontra abandonado à própria sorte.

Então, essa vida, que é qualificada como sagrada, como direito fundamental em muitos países, pode ser abandonada, está sob matabilidade e insacrificabilidade, numa zona de indiferença. Segundo Giorgio Agamben (2010), são essas duas marcas fortes do *homo sacer*, existindo uma contradição porque se identifica a impunibilidade e, ao mesmo tempo, o veto pela morte e essa relação de bando, que carrega a união do poder soberano com a vida nua, constitui algo duradouro. Laura Quintana Porras (2006) chega a falar a respeito desse assunto, comentando alguns exemplos, entre eles, o dos europeus que não respeitavam os índios americanos como homens, colocando-os numa posição de vida nua e o que ocorreu com os judeus no nazismo. Nesses dois casos, ninguém era punido quando matava.

Günther Jakobs chega até compreender que algumas pessoas não devem ser mais consideradas como cidadãos, por meio delas não se mantém mais o respeito pelo direito, portanto não tem mais a possibilidade de retorno ao convívio social. Desse modo, mesmo que não tenha certeza sobre a conduta futura desse inimigo, mesmo que rondam dúvidas sobre sua periculosidade, almeja-se a prevenção e, em prol da segurança, despersonaliza-o. Raúl Eugenio Zaffaroni (2007, p. 23) elucida questão pertinente sobre o direito penal do inimigo, contextualizando que existe um direito penal subterrâneo se propagando junto com o direito positivado, isso faz com que:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ante perigo ou dano. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas.

Reflete-se, então, similaridade entre os pensamentos de Giorgio Agamben e Günther Jakobs. Eles observam dificuldades em encontrar limites entre o político e o jurídico. A política para Giorgio Agamben é biopolítica tendo por sua sombra a tanatopolítica, a política é formada pela decisão amigo-inimigo ou, como Günther Jakobs imagina, pela decisão cidadão-inimigo. Ambos, praticamente, entendem que a política traduz uma dupla categoria: a existência política, bem como a vida desprovida de seu valor. E todo esse contexto de poder sobre a vida atinge toda a população (GIACÓIA JÚNIOR, 2008a).

O simples viver ou a forma de viver serão traduzidas na vida nua. Vale reconhecer que o homem da modernidade é um animal, um sujeito em que sua vida está sempre em jogo (FOUCAULT, 1999b). É notório que Giorgio Agamben concebe em seu pensamento a mesma conclusão, existe uma fragilidade com a questão da vida. Nesse cenário, floresce a ideia de que a política sempre foi biopolítica, mas se localiza junto, atualmente, com a tanatopolítica. Segundo a visão de ambas as partes, seja Giorgio Agamben seja Günther Jakobs, ser cidadão segue como uma categoria voltada para a imprecisão. O primeiro entendendo como uma característica da política negativa desse tempo, enquanto o segundo entendendo que, em alguns casos, aparenta ser necessária essa ocorrência.

Se é possível afirmar isto, que exista uma biopolítica, para Giorgio Agamben, ela alcança um outro patamar. Além dessa política do fazer viver, em sua sombra, caminha o fazer morrer, ambos fazeres são originários do poder soberano. Todavia, a política do século XX revela que há mais um fazer que ultrapassa esses dois sentidos, o fazer sobreviver, “nem a vida nem a morte, mas a produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita constitui a tarefa decisiva do biopoder em nosso tempo” (AGAMBEN, 2008, p. 155).

Por vezes, Günther Jakobs ocorre de mencionar que o direito penal do inimigo se encontra difundido perante o direito penal do cidadão, a ponto de não mais saber o que é um ou o que é o outro, se apresentando sob múltiplas possibilidades. O direito penal do inimigo se converte em direito penal do cidadão e, ao mesmo tempo, ele se desenvolve reciprocamente. Esta técnica criminal cada vez mais é utilizada pelos países com certa naturalidade, e não apenas em específicas oportunidades, se ambientando no plano da normalidade institucional.

Raúl Eugenio Zaffaroni (2007) também alerta sobre esse perigo do direito penal do inimigo que é a introdução da exceção em diversas leis, ao redor do mundo. Giorgio Agamben não pensa diferente, a exceção está se coincidindo com a regra nos espaços políticos, encontrando-se em uma zona de indistinção.

De qualquer sorte, aquela zona de indistinção, que Giorgio Agamben elucida, está dentro da concepção de Günther Jakobs sobre o direito penal do inimigo. É complexa a distinção entre ambos os direitos, a ponto de ter dificuldade para se saber qual direito a população está convivendo, se é o direito direcionado ao inimigo ou ao cidadão. O que estava inserida apenas no decisionismo jurídico, aparenta ser legítimo no decorrer legislativo, como aduzido, resta dúvida se é direito penal do inimigo ou direito penal do cidadão.

Dessa forma, essa bifurcação jurídica, atingindo a vida biológica, tende a demonstrar que nem todos do povo são cidadãos, existe uma parte que se encontra de forma subalterna, marginalizada, o direito para elas se reproduz de forma divergente, de modo que as observa como não pessoas. Aliás, essa realidade pode ser presenciada em Roma, no passado, pois não só em relação aos escravos se identificava o direito se manifestando de forma divergente, mas em outras possibilidades também, como em esposas, devedores, crianças, todos estes se encontravam como categorias que não tinham natureza jurídica de pessoas. Perceba, assim, que para ser pessoa não basta ser humano, não se é pessoa só por

ter nascido humano, ser pessoa é conter o seu status jurídico, logo, essa qualidade pode ser perdida (ESPOSITO, 2016).

Não há consenso, tampouco uniformidade, nos dois pensadores no tocante à existência de um sujeito de direito que consiga permanecer de forma contínua nessa posição de pessoa. Nessa toada, fica a dúvida em torno da relação jurídica entre as pessoas. Em verdade, quanto a essa dúvida, pode-se até citar algumas legislações, à título de exemplificação, entre elas os direitos humanos que não são efetivados a todos os humanos.

Naqueles precedentes já mencionados, tanto por Giorgio Agamben, como por Günther Jakobs, salienta-se que a vida é sacra e ela pode ser modificada a partir da vontade do soberano. Isso porque, é cediça de indeterminação e, por derradeiro, a vida é politizada. Segundo Giorgio Agamben (2017), existe a possibilidade de ser cidadão e pertencer ao Povo, mas também existe a hipótese de se encontrar como povo. Com o P maiúsculo, entende-se como aquele sujeito de direitos e deveres que é enxergado como cidadão, enquanto com o p minúsculo se encontra aquele indivíduo que contém a vida nua.

Para se ter a eficácia dos direitos humanos, necessita-se de ser considerado como cidadão, caso contrário, fica à mercê da sorte. Complementando essa linha de raciocínio, denota-se o posicionamento de Daniel Arruda Nascimento (2010, p. 139) sobre a vida nua:

A vida nua é hoje, reconhecido o estado de exceção permanente, tornada a forma de vida dominante e normal. Num sentido eminentemente jurídico, poderíamos ainda entender a vida nua como aquela despida de seu estatuto de direito, nua de personalidade, desprovida da capacidade de contrair direitos e obrigações.

Dessa forma, o direito deixou de ser um meio de garantir apenas a proteção e se tornou um dispositivo que se encontra a exceção permanente. Ao contrário do que se imagina, ao se ter mais direitos, deve se ter certo receio. Essa maneira de pensar faria sentido se o direito se traduzisse no sentido de garantir a dignidade das pessoas, no entanto não existe essa garantia. A vida se encontra como uma questão política, por assim dizer, frente ao problema da soberania.

Por isso é importante ressaltar o direito a ter direitos, ou melhor, de pertencer a uma comunidade jurídica, para, assim, ser considerado cidadão e não ter uma vida nua, como o refugiado ou o bandido (GIACÓIA JÚNIOR, 2017), mas a

vigência do continuar como cidadão não é algo que é certa a sua continuação. Isso implica dizer que ocorre um processo de despolitização da cidadania.

Ademais, Giorgio Agamben utiliza também, como exemplo, o refugiado, enquanto Günther Jakobs utiliza os terroristas. Acontece que, em obra posterior, intitulada de *Stasis*, Giorgio Agamben (2018) traz também o exemplo do terrorista para reflexão, colocando-o sob a vida nua e como forma da guerra civil, além de colocar as pessoas de modo geral, todas como potencial terrorista. Outrossim,

Entre nós, outras figuras podem ser sugeridas: o doente na fila dos hospitais públicos, os encarcerados em penitenciárias lotadas e insalubres, os internos depositados e esquecidos em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciários, os trabalhadores exaustos dos campos de extração de cana-de-açúcar, as crianças submetidas ao trabalho-escravo nos sertões do interior, os moradores de rua dos grandes centros urbanos. Na idade da biopolítica, o poder soberano de decidir sobre a exceção transforma-se em poder de decidir sobre o ponto em que uma vida cessa de ser politicamente relevante, sobre o valor e o desvalor da vida enquanto tal, sobre quem merece ou não merece viver sobre quem pode ser eliminado. Essa decisão sobre o fazer viver ou morrer é tomada no cotidiano do hospital, do tribunal, do laboratório, do gabinete (NASCIMENTO, 2010, p. 145).

Não que o direito seja desnecessário para a vida social, pelo contrário, existe a necessidade de se ter o direito, o problema é que, às vezes, o direito pode permanecer meio obscuro, ele não se manifesta quando seria oportuno. Nesse contexto, “[...] os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado” (AGAMBEN, 2010, p. 133).

Em sentido convergente, Oswaldo Giacóia Júnior (2008a, p. 7) aduz que:

Esses indivíduos que não pertencem a nenhuma comunidade política, nem possuem um lugar no mundo no qual possam fincar raízes, tornam manifesta a histórica condição deficitária dos “direitos humanos” em termos de conteúdo. Os direitos individuais e coletivos, mencionados por todas as declarações de direitos humanos, presumem um direito fundamental, ao qual estão ligados: a cidadania, cuja primazia emergiu enfim sob a forma negativa da perda de uma comunidade política pelos refugiados e apátridas.

De pronto, se os direitos fundamentais são desprezados, ocorrendo o rompimento do sujeito de direitos, então significa dizer que o direito se encontra como uma atribuição humana, sob a vontade de alguém. Basta pensar que, se

ocorrerá a aplicação ou não do direito penal do inimigo, é um questionamento que deve ser realizado ao soberano desse caso. Sobre essa preocupação, Giorgio Agamben (2017, p. 18) chega a elucidar que “a única salvação seria nunca ser questionado, viver sem nunca estar envolvido com a esfera do direito, o que não parece possível”.

Enaltecendo dessa forma, o posicionamento de que:

O estado de exceção é uma técnica biopolítica criada pelo Estado com o objetivo de preservar a ordem estabelecida. Como técnica biopolítica, visa obter o controle absoluto das vidas humanas consideradas perigosas. É uma forma de violência estrutural em que a vida humana se encontra sob o arbítrio de uma vontade soberana. O campo e a exceção são técnicas biopolíticas de controle social (RUIZ, 2012a, p. 77).

A biopolítica faz parte do poder soberano, já que a vida pode ser capturada, existindo uma relação entre biopolítica com a tanatopolítica. Por esta última, compreende-se como política qualificada pelo poder de matar a vida que não merece ser vivida, nada mais do que uma política da morte que, normalmente, é delimitada a um grupo, a um indivíduo ou até mesmo a condutas. Portanto, se, para Michel Foucault (1999a, p. 1645), “a tanatopolítica é o anverso da biopolítica”, para Giorgio Agamben, existe uma indistinção entre elas. Aliás,

Se, em todo Estado moderno existe uma linha que assinala o ponto que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta mais hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas, ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se destaca para as 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, o cientista, com o perito, com o sacerdote (AGAMBEN, 2010, p. 128).

Essa relação da biopolítica como política da morte ou tanatopolítica, é manifestada exatamente por via do estado de exceção. O estado de exceção figura como meio de poder sobre a vida, mas, ao mesmo tempo, figura como política da morte, isto é, um tipo de fio condutor móvel de relação que produz a vida nua, mas que pode converter-se em política da morte.

Desta feita, é possível citar a advertência de Castor M. M. Bartolomé Ruiz (2016, p. 59) em que diz: “o cuidado biopolítico da vida humana investiu-se um paradoxo que até hoje nos assombra: cuida-se da vida porque é útil e abandona-se

quando se torna inútil". A vida pode ter seus direitos respeitados, mas só continuaram efetivados dentro do plano da utilidade, quando se tem um olhar para inutilidade, os direitos desaparecem e a nudez se emerge.

Nesse sentido, a expressão terminológica vida nua utilizada por Giorgio Agamben coincide com o pensamento de Günther Jakobs (p. 113) no tocante o que ele vai intitular de *coação nua*. A partir dessa coincidência é possível identificar em ambos filósofos o indivíduo não mais como pessoa, provido de direitos e deveres fundamentais, mas sob a decisão se sua vida terá valor jurídico ou não.

Mediante o estado de exceção, a política que, no caso, se identifica com a biopolítica passa a extrapor seus limites progressivamente, fazendo com que a decisão política sobre a vida se encontre como decisão política sobre a morte. Logo, a biopolítica passa a ser tanatopolítica, e esse deslocamento político se torna cada vez mais volátil, mais presente nas amplas camadas sociais (AGAMBEN, 2010).

A questão é que Giorgio Agamben tem posicionamento divergente de Michel Foucault. Ele entende que não há que falar em fazer viver ou deixar morrer, mas sim em produção da vida nua, uma vida que tem rumos apartados da categoria biológica e próximo da categoria política. Aqui está uma das peculiaridades que os distanciam, uma das grandes inovações que Giorgio Agamben faz, quando se envolve com a biopolítica, é narrar, por meio do seu conceito de vida nua, a ideia de sobreviver.

Segundo Vladimir Safatle (2007, p. 106):

Quão longe porque Agamben não está disposto a continuar com as distinções foucaultianas estritas entre poder soberano e poder disciplinar [...] Agamben, no entanto, quer mostrar esta implicação orgânica entre poder soberano, modos de subjetivação e gestão calculista da vida que nos leva diretamente às estruturas fundamentais do biopoder moderno. Ele quer insistir no vínculo entre exceção, ou seja, entre modo de funcionamento do ordenamento jurídico na modernidade e uma vida que é, cada vez mais, vida nua submetida a uma lógica estranha "lógica disciplinar de anomia".

As relações de poder tendem a sucumbir em prol de um sistema econômico, visto que o poder econômico adentra como opção ao poder dos Estados, assim, existe uma preponderância da economia diante das demais relações de poder. A economia se encontra com o poder soberano. No entanto, importa fazer um destaque, em especial, para a emergência econômica, a economia tendo uma espécie de relação com o estado, pois "a ampliação dos poderes do executivo na

esfera do legislativo prosseguiu depois do fim das hostilidades e é significativo que a emergência militar então desse lugar a emergência econômica” (AGAMBEN, 2004, p. 26-37). O que parece é que, enquanto Giorgio Agamben apresenta uma preocupação enorme das pessoas terem valores, elas olham o direito como uma saída para o desenvolvimento social, pensando que, cada vez, devem criar mais leis para viverem em sociedade e que, assim, vivenciarão a harmonia social. Não que, para Giorgio Agamben, o direito não seja necessário, ele deve existir, mas a sociedade deve compreender os perigos em torno da dependência jurídica.

Como Oswaldo Giacóia Júnior (2008a) aduz, existe a necessidade de se ter uma consciência mais apurada sobre a relação do direito com a exceção e sobre os direitos humanos, levando a crer na possibilidade de se evitar a vida sacra. De maneira diferente aos pensadores Giorgio Agamben e Oswaldo Giacóia Júnior, Günther Jakobs cita que o elo para alcançar os caminhos da harmonia social está no agir jurídico, ele ressalta que o caminho é e pode ser pelo direito.

Todas as vidas se encontram virtualmente como *homo sacer*, não quer dizer que todos já se tornaram *homo sacer* ou que se tornarão, mas, a qualquer momento, pode ocorrer de terem suas vidas marcadas pela nudez no sentido agambeniano (AGAMBEN, 2004). O mesmo acontece com o inimigo de Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2018), pode ser que aquele que é considerado cidadão se transforme em algum momento em inimigo, não se consegue garantir que a vida se perpetuará contendo valor.

Quanto a isso, basta citar a União Europeia (UE), ela não enfrenta os terroristas como os Estados Unidos, ultrapassando diretamente os limites do direito, mas ela indiretamente utiliza uma lista intitulada de lista contra o terror, os nomes que se encontram nesta lista são interpretados como inimigos. Nesse caso são excluídos seus direitos a ponto de serem excluídos economicamente (ativos bloqueados, cartões de créditos bloqueados, dinheiro confiscado, as promessas de pagamento não serão quitadas etc.), dado que todos os países que se englobam na UE não podem ter qualquer tipo de relação econômica com esses nomes, quem está com o nome na lista deve permanecer como inimigo (GOESSNER, 2009).

Tais limitações, observa-se pelo processo de dessubjetivação e, da mesma forma, por via de subjetivação. Giorgio Agamben (2009, p. 47) chega a falar que “o que acontece agora é que processos de subjetivação e processos de dessubjetivação parecem tornar-se reciprocamente indiferentes”. É interessante

pensar que, até para Günther Jakobs, esse processo, mesmo ele não elucidando da mesma forma, acontece também, isso porque quaisquer cidadãos da sociedade podem se tornar inimigos, perdendo os seus status de pessoa. Para Oswaldo Giacóia Júnior (2008), o direito penal do inimigo se utilizará de métodos estatísticos, quantitativos, concluindo pela periculosidade do indivíduo, a ponto de não haver uma conceituação fechada sobre quem é o inimigo. Dessa forma, o conceito de inimigo se encontrará difuso, não concentrado em quem é o inimigo.

Segundo Castor M. M. Bartolomé Ruiz (2016, p. 67):

Há uma violência estrutural, radical, embutida no deslocamento do humano para o biológico, da *bios* para a *zoe* que banaliza a descartabilidade da vida humana. Essa violência radical permanece como raiz indutora da banalização de muitos processos de exclusão assim como de várias formas de violência normalizadas de diversos modos. O enraizamento instrumental desse tipo de violência confere a uma certa invisibilidade. Ela não é detectável, num primeiro momento, como a violência, pois aparece como algo normal, banal. A objetivação naturalizada da vida humana propicia sua instrumentalização através da banalização de múltiplas formas de violência econômica, social, política, cultural etc., legitimadas pelo caráter utilitário dos seus meios e fins. A estratégia de reduzir a vida humana a mera vida natural, para melhor instrumentalizá-la como recurso útil, produz uma violência radical através da qual se violenta a vida como algo natural e se naturaliza a violência estrutural como algo normal, banalizando o descarte da vida.

O que tudo indica é que Giorgio Agamben e Günther Jakobs, dois pensadores contemporâneos, interpretam que a vida é desprovida de valor, não que ela já se encontre desvalorizada até mesmo do ponto de vista jurídico, mas a vida se encontra diante da possibilidade de transição para nudez, da perda do status de pessoa. Está diante de dois conceitos propostos por filósofos diferentes que revelam o amargor da relação entre a vida e o direito, Günther Jakobs concluindo como necessário em alguns casos, mas perigoso em razão da abstração dada à temática e Giorgio Agamben observando a potencial violência em torno da vida humana.

Se for pensar no passado, haviam os excluídos do direito e incluídos pela exceção, fala-se dos que tinham a vida sem valor, os que se encontram dentro dos quesitos nazistas para serem considerados indignos de viver, seja os doentes, seja os com enfermidades incuráveis (AGAMBEN, 2004). Agora se for pensar no tempo mais próximo, uma prova empírica desta afirmação pode ser encontrada na pesquisa realizada por Francesca Laguardia, professora de Estudos de Justiça na *Montclair State University*, a qual foi levantado indícios que a partir dos atentados

terroristas de 11 de setembro em 2001 nos Estados Unidos as punições contra os terroristas não se alteraram. Não quer dizer que melhorou, pelo contrário, analisando mais de 300 processos, ouvido mais de 1000 terroristas, se obteve a compreensão de que não se alterou a lógica da punição, tanto as punições realizadas antes dos atentados terroristas nas torres gêmeas, como a partir desse fato, condiz com o desrespeito dos direitos e garantias fundamentais, em ambos momentos se constata como resposta ao terrorismo a justiça criminal ignorando leis (LAGUARDIA, 2016). Como se pode ver, o desvalor da vida mediante o ângulo da justiça criminal americana não advém dos episódios do 11 de setembro, pelo oposto, as práticas de exceção já existiam, o direito penal do inimigo não é originário desse acontecimento.

A advertência feita é que o desvalor da vida não se constrói apenas a frente do estado de exceção, mas se situa, ao mesmo tempo, diante do estado de direito. Esse processo de despersonalização, como Günther Jakobs intitula, ou esse processo de dessubjetivação, como Giorgio Agamben destaca, se situa num plano problemático do poder soberano, pois tal probabilidade de tolerância resulta da interpretação do poder soberano, tendo ele a competência para identificar o momento da ruptura normativa, advindo o estado de exceção. No entanto, é importante ressaltar que essa interpretação de quem é o inimigo, isto é, de quem vai ser o inimigo pode ser remodelado a qualquer instante, apresentando uma inconsistência de delimitação conceitual do inimigo. Parece, portanto, que a vida desprovida de valor é o fundamento do poder soberano já que não existe poder soberano sem a efetivação da produção da vida nua. Da mesma forma, que a vida desprovida de valor é fundamento do direito penal do inimigo, pois a produção do inimigo só é possível fabricando, concomitantemente, uma vida abandonada de direitos fundamentais. A vida desprovida de valor revela que as pessoas não devem ser mortas, mas nada garante que provavelmente não serão mortas.

Ainda hoje a fundamentação em alguns casos para se ter a pena de morte é a análise subjetiva da probabilidade da periculosidade futura, mesmo sendo uma questão que envolve o direito fundamental a vida, o resultado dessa interpretação não tem como fonte critérios taxativos jurídicos, mas a discricionariedade do poder soberano, o entendimento do poder soberano se aquela vida, em especial, deve ser preservada ou não irá depender da interpretação de alguém. À primeira vista, a punição que resulta a morte pode parecer estar dentro do plano da legalidade, não condizente com o estado de exceção, no entanto, um aspecto importante, inclusive

já ressaltado, é que essa lógica do poder soberano é governada pela indistinção entre o que é direito penal do cidadão e o que é direito penal do inimigo, entre o que é exceção e o que é direito, de quem é sujeito a vida nua e de quem não é, “toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais são os seus ‘homens sacros’ (AGAMBEN, 2004, p. 145).

Em ambos casos, estado de exceção e direito penal do inimigo, a vida desprovida de valor é, por um lado o resultado das estratégias de poder soberano que produzem a vida nua; mas, por outro lado, a própria vida nua, enquanto vida desprovida de valor, se torna o fundamento tanto do estado de exceção quanto do direito penal do inimigo. Se não existisse a produção da vida nua não haveria nem realidade da exceção nem do direito penal do inimigo.

3.4 Limiar

Se ocupou, com o terceiro capítulo, para absorção da proposta da tese, já que tem por finalidade retomar alguns pontos, desenvolvidos desde o primeiro capítulo, para identificar a intersecção dos pensamentos de Giorgio Agamben e Günther Jakobs. Procurou-se, então, desmitificar a ideia de ter direitos, para isso, foi desconstruído o posicionamento que o mais importante para a vida humana é propor leis para resolverem os seus problemas sociais. Em outras palavras, ter direitos tem seu aspecto negativo também, embora o direito seja necessário, da mesma forma que vem para tutelar a vida humana, ele pode ser utilizado de outra forma, como violência. O mesmo direito que defende é o direito que ataca.

Diante disso, foi refletido sobre o fato de que o direito encontra sob sua sombra o estado de exceção e o soberano, apesar de necessário do ponto de vista social, observou-se que seu uso constitui competência de um soberano, provavelmente, ele terá a incumbência de concluir pelo cumprimento ou não das vias legais. Dentro desse contexto, procurou-se introduzir pontos de convergência sobre o decisionismo jurídico e o uso do direito. Nesse último capítulo, apresentou-se a relação entre o poder soberano e o estado de exceção. Nas páginas seguintes, foi defendido que a influência de Carl Schmitt está presente em Günther Jakobs, assim como em Giorgio Agamben. Para finalizar, explicitou-se que a vida desprovida de valor pode ser localizada em ambos os pensamentos.

Embora Günther Jakobs preze por não generalizar a figura do inimigo, ele admite, levando a crer que isso seria o maior perigo de utilizar sua linha de pensamento, que uma pessoa poderia ter sua vida sendo reduzida, perdendo o status de pessoa apenas porque alguém imaginou que ela tem características sociais ou políticas do inimigo, o conceito de inimigo se encontra indecível. Outro problema é que o direito penal do inimigo já se encontra em indistinção com o direito penal, que seria voltado ao cidadão, não se sabe mais, portanto, qual é cada um desses, dessa forma, o direito se encontra contaminado e qualquer indivíduo pode se encontrar como aquele sujeito que se afastou permanentemente do direito e de qualquer forma, não garante mais a segurança cognitiva para conviver em sociedade.

Portanto, retornando a pesquisa ao conceito de inimigo. Embora Günther Jakobs tente delimitá-lo, aparentemente, ao longo de seus textos, não é muito taxativo quanto a essa delimitação, ao contrário, aparenta ser um conceito voltado para o campo da discricionariedade. E aqui se encontrou mais um fator preponderante em sua teoria, já que não há uma delimitação exata em quem seja o inimigo, qualquer um pode se tornar um inimigo. Logo, conceituar o inimigo é condizer com a vida desprovida de valor, sendo que o inimigo é aquele que não tem direitos nem garantias fundamentais. Provavelmente, nem toda relação com o direito terá a despersonalização, mas considerando o inimigo se divulga a vida tendo seu desprestígio jurídico, o que significa que o conceito de inimigo sendo condizente com a abstração, não tem limites nítidos, todos se encontram como potenciais inimigos.

CONCLUSÃO

A tese se originou com o intuito de elucidar uma indagação considerável ao tempo presente, muitas vezes não dita, até encoberta. Mesmo sabendo que tudo pode acontecer com a vida, é interessante abrir uma série de pensamentos em torno de algumas questões pontuais sobre ela. Ademais, se envolver com essa temática reforça uma visão crítica ao poder soberano, além de elucidar os entornos da proteção dos direitos e garantias fundamentais demonstrando como a vida humana se encontra vulnerável, ao mesmo tempo que a vida pode ter seu valor, da mesma forma, pode ter seu desvalor.

Mesmo que não haja consenso acerca do encontro entre esses pensadores, foi refletido se existe alguma intersecção coerente entre seus posicionamentos, no tocante, principalmente, sobre a vida. Importante notar que Giorgio Agamben não utiliza Günther Jakobs, da mesma forma que este último não utiliza, como referência bibliográfica, o primeiro. No entanto, ao usufruir das duas visões, construiu um entendimento não tão próspero da vida humana. Ambos os diagnósticos desenvolvem um cenário infeliz sobre a condição humana, não representando fatores tão positivos assim. A vida realmente tem seu desvalor; se ela tem utilidade, pode ter um significado, mas, caso não tenha, terá outro significado. Dessa forma, a vida fica à mercê da decisão soberana.

Isto significa que a vida humana está inserida numa relação de exceção sob o poder soberano, na medida que ela pode estar incluída, tendo o respeito pelo direito, mas com um destino possivelmente incerto disso, ela se encontra mediante a biopolítica que oculta em si a tanatopolítica. Assim, a vida frente seu valor ou o seu desvalor está associada ao poder soberano, através da qual sua realização se dê num plano da biopolítica e, ao mesmo tempo, da tanatopolítica. Nesse diapasão, a crítica que se produz, diz respeito ao poder soberano, uma vez que o soberano, localiza-se, ao mesmo tempo, entre a regra e a exceção, enquanto que o indivíduo pode estar biologicamente existente, entretanto abandonado pelo direito.

A vida desprovida de valor é um produto da exceção e do direito penal do inimigo trazendo uma dupla dimensão. De um lado, ela é um produto resultante do estado de exceção e do direito penal do inimigo, neste ponto há um nexo que ambas estratégias almejam e produzem. Por outro lado, a vida nua se torna fundamento, efeito da exceção e do direito penal do inimigo. Fica nítido que a filosofia de Günther

Jakobs e de Giorgio Agamben, permitem acreditar num distanciamento do progresso, o soberano é aquele que decide, é aquele que decide até mesmo se está fora-da-lei, bem como se não há um fora-da-lei.

Mesmo que a contemporaneidade esteja enraizada com diversos direitos, a vida se encontra virtualmente como nua, não quer dizer que a nudez está presente, mas que ela pode se tornar nua a qualquer instante, da mesma forma que um cidadão pode ser reduzido a inimigo a todo momento, mesmo havendo uma série de direitos. Em outras palavras, uma pessoa pode ser reduzida a indivíduo, e todos podem ser *homo sacer*, basta um soberano querer.

Não se pode deixar de lado que algo que vai delimitar a escolha do poder soberano é a utilidade dessa vida, em prol do sistema econômico seja via direito penal do inimigo, seja estado de exceção, em ambos os casos a vida pode ser desprovida de valor.

O que esta tese defendeu como intersecção foi esse encontro do desvalor da vida, a vida que pode ser abandonada a todo instante. Seja pelo entendimento de Giorgio Agamben com a vida nua perante a exceção, seja pelo pensamento de Günther Jakobs com a perda do status de pessoa perante o direito penal do inimigo, ambos compreendem a vida virtualmente desprovida de valor. Enfim, esses são os pontos de intersecções, o soberano é aquele que decide sobre a vida e seu desvalor, assim todos estão expostos à esse desvalor.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- AGAMBEN, Agamben. Sulla democrazia. **Generazion Future**, Dicembre, n. 28, 2021.
- AGAMBEN, Giorgio. **Leviatã e Behemoth**. Revista Reflexões, Fortaleza-CE, ano 7, n. 13, jul.-dez., 2018.
- AGAMBEN, Giorgio. **Karman**: breve trattato sull'azione la colpa e il gesto. Bollati Boringhieri, 2017a.
- AGAMBEN, Giorgio. **Stasis**: la guerra civil como paradigma político. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2017b.
- AGAMBEN, Giorgio. **A potência do pensamento**: ensaios e conferências. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e forma de vida. São Paulo: Boitempo, 2014.
- AGAMBEN, Giorgio. **Deus não morreu**. Ele se tornou dinheiro. Entrevista Ragusa News, 2012.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer I**: o poder soberano e a vida nua I. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo e outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. A política da profanação. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 de setembro de 2005.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEMANHA. **Weimar Constitution**. Berlim: Assembleia Nacional Germânica, 1919.
- AMBOS, Kai. **The terrorista as a “Potentially Dangerous Person”**: the German counterterrorism Regime. Maio dia 28 de 2020. Disponível em: <https://www-justsecurity-org.translate.goog/70264/the-terrorist-as-a-potentially-dangerous-person->

the-german-counterterrorism-regime/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 17.06.2022.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. **Estado de exceção, Estado penal e o paradigma governamental da emergência**. Tese (doutorado) da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Filosofia, São Paulo, 2013.

BARREIRA, César Mortari. Em Direito Penal e Criminologia Crítica: Uma Nova Agenda de Pesquisa a partir da Relação entre Günther Jakobs e Niklas Luhmann. **Dissertação** (Mestrado em Direito) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

BARRETO, Marlon Eduardo. Direito penal do inimigo: um retorno a Carl Schmitt? **Monografia** (Especialização em Direito) da Pós-graduação Lato Sensu em Direito Público, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAZZANELA, Sandro Luiz; ASSMANN, Selvino José. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: Liberars, 2013.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**: magia e técnica, arte e política. 3 ed. São Paulo, 1987.

BENJAMIN, Walter. Para a crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2013a.

BENJAMIN, Walter. **Origem do drama trágico alemão**. 2 ed., Editora autêntica, 2013b.

BERCOVICI, Gilberto. Apresentação. In: Giorgio Agamben. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRIGAGÃO, Paula Naves. **O funcionalismo no direito penal brasileiro**. Editora Freitas Bastos, 2010.

BRITO, Fernando Vidal. Análise da utilidade das penas em Rousseau e as origens filosóficas do direito penal do inimigo. **Dissertação** (Mestrado) do Programa de Pós-graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

BRUM NETO, Benjamin. Vida e Direito entre Giorgio Agamben e Yan Thomas. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 147, p. 559-579, dez. 2020.

CASTRO, Edgardo; JUNGES, Márcia. Totalitarismo e democracia e seu nexo político em Agamben. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, IHU on-line, maio, edição n. 430, 2013.

COLEBROOK, Claire. Agamben: aesthetics, potentiality, and life. In: Alison Ross (org.). **The Agamben Effect**. Durham: Duke University Press, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz. **Las reformas de la parte especial del derecho penal español em el 2003**: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo'. In Studio in onore di Giorgio Marinucci. Milano: Giuffré, 2006.

CONTRERAS, Guilherme Portilla. Bases teóricas del "nuevo" derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del "enemigo". **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, v. 19, p. 23-45, 2007.

DÍEZ, Carlos Gomes-Jara. Enemy combatants versus enemy criminal law: an introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Revelance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants. **New criminal law review**, v. 11, n. 14, 2008.

DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: perspectiva, 1966.

DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. Estado de exceção como ruptura: uma leitura a partir de Carl Schmitt e Walter Benjamin. **Tese** (Doutorado) do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-RJ, 2016.

ESPOSITO, Roberto. **As pessoas e as coisas**. São Paulo: Rafael Copetti, 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade** vol. 1: a vontade de saber. Rio de Janeiro, Nau editora, 1999b.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 21 ed.,Petrópolis: Editora Vozes, 1999a.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: Roberto Bueno; Caio Henrique Lopes Ramiro (org.). **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar**: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. São Paulo: LiberArs, 2017.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Estado, Democracia e Sujeito de direito: para uma crítica política contemporânea. **Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea**, Brasília, vol 2, n. 2, 2014a.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Violência e racionalidade jurídica: sobre a potência dos meios. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 108, jan./jun., 2014b.

GIACÓIA JÚNIOR. Oswaldo. Sobre direitos humanos na era bio-política. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, dez. 2008a.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Avatares da penologia em tempos de bio-política. In: F. B. Alves; E. Cambi; A. B. Klock. **Direitos Fundamentais Revisitado**. Curitiba: Juruá Editora, 2008b.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Notas sobre direito, violência e sacrifício. **Dois pontos**, Curitiba, São Carlos, vol. 5, p. 33 - 47, n. 2, 2008c.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. **O Discurso e o Direito**. IFHC, Unicamp, 2006.

GREIMAS, Algirdas Julien; COURTES, Joseph. **Dicionário de Semiótica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1979.

GOESSNER, Rolf. **Lista de Terror da UE**: direito penal do inimigo na Europa. *Blätter für deutsche und internationale politik*, n. 3, p. 13-16, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Centauro, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do direito moderno**: o estado de necessidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli (org.). 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: Luís Greco; Fernanda Lara Tortina (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito? **Novos estudos**, n. 83, março, 2009.

JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidade. In: Günther Jakobs (org.). **Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad**. Madrid: Thomson Civitas, 2008a.

JAKOBS, Günther. **El derecho penal como disciplina científica**. Madrid: Civitas, 2008b.

JAKOBS, Günther. Sobre la teoría da pena. In: Günther Jakobs (org.). **Moderna dogmática penal**. Estudios complicados. México: Editorial Porrúa, 2006a.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Enemigo ¿Um estudio acerca de los Presupuestos de la Juridicidad? In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Coord.). **Derecho Penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Bueno Aires: IBdeF Editorial, 2006b.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal? Os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: André Luís Callegari; José Nereu Giacomolli (org.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: Francisco Conde Muñoz (org.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Porto Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, v. 6, 2003a.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, São Paulo: Manole, 2003b.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003c.

JAKOBS, Günther. **La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2000.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. In: Günther Jakobs (org.). **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Machado, 1979.

LAGUARDIA, Francesca. The nonexceptionalism thesis: how post-9/11 criminal justice measures fit in broader criminal justice. **New Criminal Law Review**, v. 19, n. 4, p. 544-576, 2016.

LOAIZA, Julián Rivera. ¿Por qué ler a Günther Jakobs? Más allá de la imagen em el espejo. **Criterio Libre Jurídico**, v. 15, n. 2, 2016.

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedad**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 153-159, maio, 2005.

MARTINS, Ricardo Evandro S. Giorgio Agamben na cidade de Deus. A terra é redonda: eppur si muove. 2020. Disponível em:

https://aterraeredonda.com.br/giorgio-agamben-na-cidade-dedeus/?doing_wp_cron=1640299901.6424961090087890625000. Acesso em: 23 de dez. 2021.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa Matos. ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ? Apocalipse, exceção, violência. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, pp. 277-342, jul.-dez., 2012.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Rio de Janeiro: Pax, 1979.

MIGNOLO, Walter. El pensamiento des-colonial, desprendimiento y apertura: um manifesto. In: WALSH, C.; LINERA, A. G.; MIGNOLO, W. **Interculturalidad, desconización del Estado y del conocimiento**. Buenos Aires: Duke University, p. 83-123, 2007.

MILLS, Catherine. Biopolitics, Liberal Eugenics, and Nihilism. In: CALARCO, M.; DECAROLI, S. (org.). **Giorgio Agamben: Sovereignty and Life**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIZRAHI, Stephen; JAKOBS, Günther. **Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporâneo**: conversaciones con Günther Jakobs. Universidad Nacional de La Matanza, 2012.

MUÑOS CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el derecho penal del enemigo**. Buenos Aires, Montevideo: Editora BdeF, 2006.

MURRAY, Alex. **Giorgio Agamben**. Routledge Critical Thinkers. Ed. Abingdon: Routledge, 2010.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. Estado Democrático de Direito e democracia em crise: sobre a interpretação das teses de Giorgio Agamben por Christian Delacampgne. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, pp. 383-407, 2012.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben**. Tese (Doutorado) da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. Agamben contra Agamben: por uma revisão do conceito de vida nua. **Sofia**, Vitória (ES), v. 11, n. 2, set., 2002.

PORRAS, QUINTANA PORRAS, Laura. De la Nuda Vida a la 'Forma-de-vida': Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder. **Argumentos**, México, v. 19, n. 52, p. 43-60, 2006

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr., 2004.

RESENDE, Paulo Edgar Almeida. Desconstruindo a teoria da guerra preventiva. **Projeto História**, São Paulo, n. 30, p. 211-227, jun., 2005.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Karla Pinhel. O conceito de Gewalt em uma tentativa reconstrutiva da filosofia do direito de Walter Benjamin a partir da perspectiva de Hannah Arendt e Giorgio Agamben. **Tese** (Doutorado) do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade de São Paulo, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. L&PM Pocket, Porto Alegre, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Carta a D' Alembert**. 1ª Edição, Campinas, São Paulo: Editora da Unicamp, 1993.

ROXIN, Claus. Prólogo. In: Alexis Couto Brito (org.). **Direito Penal Brasileiro**: parte geral – princípios fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. Banalização biopolítica de uma violência radical. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, n. 28, São Paulo, 2016.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. Giorgio Agamben, genealogia teológica da economia e do governo. **Cadernos Ihu em formação**, ano IX, nº 45, 2013a.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. Os paradoxos da sacralidade da vida humana: questões ético-políticas do pensamento de W. Benjamin e G. Agamben. **Revista Filosofia Aurora**, Curitiba, v. 25, n. 37, p. 57-77, jul./dez., 2013b.

RUIZ, Castor Bartolomé. **Homo sacer**. O poder soberano e a vida nua. **Cadernos Ihu em formação**, ano IX, nº 45, 2013c.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. **A testemunha e a memória**. O paradoxo do indivisível da tortura e o testemunho do desaparecido. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 48, n. 2, p. 70-83, maio/ago., 2012a.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. **A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem**. (Re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2012b.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. Os paradoxos da memória na crítica da violência. In: **Justiça e Memória**: Direito à justiça, memória e reparação. A condição humana nos estados de exceção. Ruiz, Castor M. M. Bartolomé (Org.). São Leopoldo: Casa Leiria: Passo Fundo: IFIBE, 2012c.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido operacional dos conceitos de pessoas e inimigo. **Tese** (doutorado em direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SATFLE, Vladimir. Materialismo, imanência e política: sobre a teoria da ação de Giorgio Agamben. In: Sabrina Sedlmayer; César Guimarães; Georg Otte (org.). **O comum e a experiência da linguagem**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Montenegro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **La ditadura**. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**. Montevideo Buenos Aires: Editorial Bdef, 2012.

SILVA, Simone Schuck; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito**. Porto Alegre: Dacasa, 2002.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra Giorgio Agamben**. São Paulo: Editora LiberArs 2015.

VALLE, Carlos Perez Del. Sobre los orígenes del derecho penal de enemigo: algunas reflexiones em torno de Hobbes e Rousseau. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 75, 2001.

VERVAELE, John A. E. A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, UFRGS, vol. 2, n. 1, 2014.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.