

CONDIÇÃO JURÍDICA E PARADIGMA PUNITIVO: UM DIÁLOGO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

LEGAL CONDITION AND PUNITIVE PARADIGM: A DIALOGUE WITH THE ENEMY CRIMINAL LAW

Lucas Soares e SILVA

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Luiz Fernando KAZMIERCZAK

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professor de Direito Penal no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO).

RESUMO

Este estudo procura diagnosticar a condição jurídica do homem contemporâneo para então dialogar com a teoria do “direito penal do inimigo” elaborada por Günther Jakobs. Na perspectiva de Hannah Arendt e Giorgio Agamben, compreende-se que o humano tornou-se um ser descartável regido por uma política de exceção permanente capaz de instaurar-se no mais democrático dos regimes. Por outro lado, o chamado “direito penal do inimigo” não seria um paradigma novo a reger o poder punitivo contemporâneo, mas uma característica inerente a este poder desde sua gênese. Seu viés moderno, dessa forma, intenta legitimar um direito penal disposto de garantias que mantenha o caráter democrático, ou seja, que efetivamente diferencie o cidadão do inimigo, o qual terá tratamento diferenciado. Todavia, tal intenção é inviável seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático.

Palavras-chave: condição jurídica; direito penal do inimigo; estado de exceção.

ABSTRACT

This study seeks to diagnose the legal condition of the contemporaneous man and then engage with the “enemy criminal law”, theory compiled by Günther Jakobs. In the view of Hannah Arendt and Giorgio Agamben, it is understood that the human became disposable being governed by a policy of permanent exception, able to establish itself in the most democratic systems. Moreover, the “enemy criminal law” wouldn’t be a new paradigm of the contemporary punitive power, but a characteristic of this power since its genesis. Its modern aspect, thus, attempts to legitimate a criminal law without guarantees maintaining the democratic aspect that distinguishes effectively the citizen from the enemy, who would have different treatment. However, this idea is infeasible as in the theoretical or practical point of view.

Keywords: legal condition; enemy criminal law; state of exception.

Introdução

Como situar os direitos humanos em um contexto em que a vida se caracteriza pela constante emergência? Estaria correto Slavoj Žižek ao afirmar que a verdadeira catástrofe desta era “já é esta vida sob a sombra da ameaça permanente de uma catástrofe”?¹ E a partir daí, como incontável grito de desespero, seria válida toda e qualquer proposta que se destine a conter a constante iminente tragédia?

Tais questionamentos são a base para a discussão que aqui se propõe: de um lado a condição jurídica do homem contemporâneo marcada pela ética universalizante dos direitos humanos, por outro, práticas repressivas cuja concepção é a de que cidadãos podem ser divididos em categorias, entre cidadãos de fato e aqueles estranhos à ordem jurídica, capazes de cometer toda atrocidade (a princípio os inimigos, os terroristas).

Do ponto de vista da Dogmática Penal, leva-se em conta a radicalização ocorrida após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 de uma teoria utilitarista desenvolvida inicialmente no decorrer da década de 1970. O discurso repressivo demasiadamente expansionista e seletivo ultrapassa o direito penal clássico e se abebera do direito bélico, de maneira que é possível afirmar a existência de um novo paradigma punitivo: indeterminado e colidente com os princípios básicos do Estado de Direito. A denominada “teoria do direito penal do inimigo” aparece de tal forma como tentativa de incorporação desta indeterminação aos ditames do Estado de Direito.

Este novo paradigma punitivo, da *indefinite detention*, do julgamento por *military commissions* e da detenção dos *aliens*², figura então como a saída para as tormentas atuais e estratégia capaz de por fim na angústia em que se vive. Entretanto, prepondera a visão pessimista: alternativas deste calibre não podem mais que reafirmar a ordem política vigente, qual seja, de um estado de exceção permanente.

A nova estratégia repressiva, fundamentada na necessidade de sobrevivência contra os “inimigos”, funciona muito mais como nova legitimação cega do poder estatal sobre os cidadãos – e por que não legitimação da atuação repressiva seletiva e excludente? – do que como forma inovadora de combate ao crime. Sob o lema da “guerra contra o terror”, ou na

¹ ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!*: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 12.

² Refere-se à *military order* exarada por George W. Bush na data de 13 de Novembro de 2001 e ao USA *Patriot Act*, emitido pelo Senado americano em 26 de Outubro de 2001. Discussão levantada por Giorgio Agamben em *Estado de exceção*. Lisboa - Portugal: Edições 70, 2010, p. 14.

perspectiva brasileira da “guerra ao narcotráfico”, o ambiente encontra-se propício para a instauração formal de uma política penal de exclusão que perdura há séculos.

O estado de exceção permanente representa justamente a indeterminação sob a qual o vivente se encontra, vivendo como mero objeto da biopolítica (ou tanatopolítica), principalmente tratando-se do excluído socialmente. As Constituições atuais e as cartas de promessas de direitos humanos não deram conta de encerrar abusos aos direitos humanos de todas as ordens, mesmo no século XXI presenciamos guerras civis em determinados pontos da África; ataques massivos entre países do oriente médio em disputa por terra, água e petróleo; presenciamos o escorraço de imigrantes clandestinos excedentes nos países do norte; e, no contexto latino-americano, a proliferação de favelas e espaços violentos onde o Direito não adentra muitas vezes sequer para contabilizar a morte.

Nessa perspectiva, busca-se identificar a condição jurídica do homem contemporâneo para então dialogar com a “teoria do direito penal do inimigo” elaborada por Günther Jakobs, a qual figuraria como mais um instrumento de manutenção da exceção permanente, legitimada por um discurso repressivista vazio, incapaz de se mostrar autêntico diante do aspecto histórico da eleição e perseguição de inimigos inerente à essência do poder punitivo.

1 A condição jurídica do homem contemporâneo: vida nua e exceção permanente

O filósofo Giorgio Agamben – em seu projeto teórico sobre o poder soberano – parte da concepção foucaultiana de que o homem moderno é um ser moldado pela biopolítica³, ou seja, que tem sua vida inserida e determinada pelos cálculos do poder, de forma que hoje poderia se falar na ocorrência de uma verdadeira politização da vida humana (2010-A, p. 116). Completamente inserida na política, a condição de vivente fora despida de seu caráter propriamente jurídico para dar espaço a um trato essencialmente formal e burocrático por parte do poder estatal.

Um aspecto mais sensível do fenômeno está certamente na questão da exclusão social, na distinção horizontal entre os cidadãos: aquele inserido de certa forma na ordem legal e aquele completamente renegado. Todavia, a distinção também vertical é cada vez mais latente, ou seja, o vivente de forma genérica é cada vez mais tratado sob duas facetas. Como

³Agamben se utiliza do conceito dado por Michel Foucault, concluindo ser a biopolítica, “a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder”. (Agamben, 2010, p. 116).

explica Slavoj Žižek, somos sujeitos legais perante a Lei, que por sua vez, se faz completamente vazia (2003, p. 47).

Esse fenômeno é fruto da assunção do paradigma político do estado de exceção como regra – processo que tem como marco inicial, na perspectiva de Hannah Arendt (2007, p. 300), no que restou da Primeira Grande Guerra, sacramentando-se principalmente nos regimes autoritários instaurados após este evento – do qual se extrai a configuração da tutela jurídica do homem contemporâneo.

Sobre o primeiro pós-guerra, nas palavras da filósofa:

Ficou visível o sofrimento de um número cada vez maior de grupos de pessoas às quais, subitamente, já não se aplicavam as regras do mundo que as rodeava. Era precisamente a aparente estabilidade do mundo exterior que levava cada grupo expulso de suas fronteiras, antes protetoras, parecer uma infeliz exceção a uma regra sadia e normal, e que, ao mesmo tempo, inspirava igual cinismo tanto às vítimas quanto aos observadores de um destino aparentemente injusto e anormal. Para ambos, esse cinismo parecia sabedoria em relação às coisas do mundo, mas na verdade todos estavam mais perplexos e, portanto, mais ignorantes do que nunca. (ARENDR, 2007, p. 300 e 301).

Em termos atuais, verifica-se que desde a eleição dos primeiros apátridas, na medida em que “o critério político” de exclusão (ou biopolítico) se expande e adentra no campo do “jurídico”, este se reduz, restando conseqüentemente, do ponto de vista da segurança jurídica e da eficácia do direito, quiçá unicamente as abstrações e previsões formais. Isto teria origem, na visão de Hannah Arendt (2007, p. 302) na “incapacidade constitucional dos Estados-nações europeus de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais”.

Explica Agamben, observando o autoritarismo nazista:

Tome-se o caso do Estado nazi. Mal Hitler tomou o poder (ou, como talvez se deveria dizer com mais exactidão, mal o poder lhe foi entregue), imediatamente promulgou em 28 de Fevereiro o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar referentes às liberdades individuais. Esse decreto nunca foi revogado, de forma que todo o III *Reich* pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, um estado de exceção que durou doze anos. Neste sentido, o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão não sejam integráveis no sistema político. A criação voluntária de um estado de emergência permanente (mesmo se eventualmente não declarado em sentido técnico) tornou-se, desde então, uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo dos chamados democráticos. (2010-B, p. 13). Grifos no original.

É certo que tomada por base a realidade brasileira, verifica-se que um estado de mandos e desmandos de poucos poderosos e da cotidiana reprodução da miséria é certamente uma constante na história do país. Não são raros os exemplos de matanças indiscriminadas e de abandonos de populações⁴ por parte do poder estatal. Olhando tão-somente para o século passado podemos com muita facilidade apontar eventos onde a decisão política resultou a exclusão e a morte de milhares de brasileiros, da estratégia repressiva utilizada na Revolta da Vacina ao Massacre do Carandiru é possível notar a eleição de seres humanos cuja morte nada significaria além de números.

A exceção brasileira tem origem, em última análise, na perpetuação de uma política repressiva desenvolvida por uma classe hegemônica em seu benefício. O Holocausto nazista bem representa, no entanto, o predomínio de uma lógica obscena [administrativa] sob o Direito, por meio da ficção legal do estado de exceção.

Nesse contexto, a decisão soberana sobre a vida em si tornar-se-ia cada vez mais corriqueira, sendo ou não declarada tecnicamente (estado de sítio, por exemplo) ou mesmo legitimada pela ordem jurídica⁵. O *campo* e a *solução final* nazistas, portanto, representam a total sobreposição da política ao jurídico, tratando-se da tutela da vida humana. Ademais, o modelo então inaugurado se plenificou no decorrer do século passado, visto que de fato as tentativas de regularização e normalização atuais tornam-se infrutíferas quando não coadunam com as estratégias do poder.

A vida do sujeito de direito, nesse contexto, teria assumido sua condição mais precária, disposta da proteção jurídica, o que se convencionou denominar (ou resgatar o conceito) *vida nua*. Esclarece Daniel Arruda Nascimento (2010, p. 139):

[...] 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. O conceito de vida nua possui, entretanto, raízes bem profundas. E, não podemos compreendê-lo sem lançarmos um olhar para o diálogo que Agamben estabelece com Michel Foucault e nos depararmos

⁴ Luís Mir faz referência a um fenômeno que se pode denominar “canudização”, mencionando o exemplo das favelas brasileiras. Utilizando da expressão “favelas canudizadas”, utilizando-se do evento ocorrido em Canudos, dá conta que determinados lugares são considerados como retorno à barbárie, onde prepondera a atuação de loucos e criminosos que se opõem à civilização e, portanto, devem ser combatidos pela força policial-militar. MIR, Luís. *Guerra civil: Estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004, p. 287 e seguintes.

⁵ Žižek argumenta: “Hoje, coma regulação pós-política da vida do *Homo sacer*, desapareceu esta última reserva dos legalistas nazistas: já não há necessidade de cobrir as medidas administrativas com o grande Outro legal”. *Ibidem*, p. 128.

com o conceito que reluz como uma referência irresistível nesse campo de análises: o conceito de biopolítica.

Completa-se com o pensamento de Giorgio Agamben (2010-A, p. 119):

No mesmo passo em que se afirma a biopolítica, assiste-se, de fato a um deslocamento e a um progressivo alargamento, para além dos limites do estado de exceção, da decisão sobre a vida nua na qual consistia a soberania. Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confinamento fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entre em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote.

O Direito, pressupostamente cultural⁶, deixou de ser meio de garantia e regularização do ser vivente – inclusive em seu caráter punitivo – para se tornar mero instrumento legitimador da abordagem política de exceção permanente.

O Direito Penal, a exemplo, aparece no cenário da biopolítica como faca de dois gumes: produtor do *homo sacer*⁷ “jurídico” (os encarcerados em penitenciárias lotadas e insalubres, os internos depositados e esquecidos em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciários) e, por outro lado, sustenta a exceção apoderando o “soberano”, ao legitimá-lo a perseguir aquele que se rebela. (NASCIMENTO, 2010, p. 145).

Certo é que se tem por base a concepção de soberania de Carl Schmitt, a possibilidade de decidir sobre a exceção é que caracteriza e fundamenta o poder soberano. Todavia, quando se fala em paradigma político da exceção quer se referir à instauração de verdadeira indeterminação, ou seja, sob esta ótica não se distingue mais o que é normalidade do que é excepcional, o que é direito do que é abuso. A característica essencial é a constante

6 “A relação entre direito e dever é, assim, mediada pelo conceito de poder, pois a necessária reciprocidade entre direitos e deveres só pode se referir ao que se encontra respectivamente em poder de cada um dos partícipes da relação. O mais interessante e realista nessa análise é que a equivalência entre poder e direito, poder e dever não se funda em qualquer elemento natural, ou ‘objetivo’, mas em crença, representação, reconhecimento, naquilo que se acredita estar em poder de alguém.” (GIACOIA, 2005, p. 36).

7 Sobre esta figura romana explica Nascimento (2010, p. 129): “O *homo sacer* não possuía qualquer esperança de conseguir expiação pelo seu ato delituoso: estava perdido, desprezado. Sua pena era a mais grave que se podia imaginar e constituía o último grau de perseguição de humilhação: sua posição não decorria unicamente de uma privação que durava toda a vida, mas o que a agravava era o fato de ser para os deuses e para os homens um objeto de maldição, exoração e aversão. O *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito. Nem o direito penal insidia mais sobre ele [...]”. Para Agamben (2010-A, p. 84): “Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quando, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem com execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana [...]”.

manutenção de um estado de emergência, onde não é mais possível distinguir normalidade de anormalidade (ŽIŽEK, 2003, p. 13).

Exemplifica Giacoia Júnior:

De acordo com essa lógica de exceção, a lei (em especial os direitos fundamentais e liberdades públicas) continuam vigentes, em estado de suspensão, o que significa dizer que permanecem numa vigência sem eficácia, enquanto as medidas de exceção se implementam com *força de lei*, embora não o sejam (e, portanto, atuam eficazmente sem a vigência da lei). (2008, p. 27).

A indeterminação do agir político, portanto, aniquila a confiança no jurídico, embora este cumpra importante função simbólica legitimadora como já destacado. O homem, na qualidade de vivente, perde sua condição de sujeito de direitos para entrar no cálculo do poder e da ação política, tendo sua condição jurídica reduzida à burocracia. O sujeito de direitos figura tão-somente como elemento formal da estrutura estatal, sem qualquer expectativa legal ou moral.

Na síntese de Agamben (2008, p. 155):

À luz das considerações precedentes, entre as duas fórmulas insinua-se uma terceira, que define o caráter mais específico da biopolítica do século XX: já não *fazer morrer*, nem *fazer viver*, mas *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.

Sob a ótica desse paradigma, o sistema penal – por meio de suas estratégias repressivas, tal qual as demais políticas públicas – tem caráter paliativo quando trata do combate da criminalidade, na medida em que assegura a política do “fazer sobreviver”⁸. O direito penal aparece como falsa resposta estatal ao crime, justificando e mantendo seu poder. Sob tal perspectiva busca-se lançar um olhar crítico à teoria do direito penal do inimigo. Não é imprudente concluir que, segundo os estudos de Giorgio Agamben, tal teoria figura como um *fictio juris* (ou *mitologema científico*, na tradução de Daniel Arruda Nascimento, 2010, p.115), ou seja, mecanismo por meio do qual o direito intenta incluir a sua ausência⁹.

2 Direito Penal do Inimigo como paradigma político

8 “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).

9 “A tentativa do poder estatal de anexar a anomia através do estado de exceção é desmascarada por Benjamin como aquilo que é: um *fictus juris* por excelência, que pretende manter o direito as sua própria suspensão como força-de-lei.” (AGAMBEN, 2010-B, p. 92).

Parte-se do pressuposto de que o poder punitivo estatal nunca prescindiu da eleição e da perseguição de inimigos. Significa dizer que, a verticalização social¹⁰ proporcionada pelo uso da força fundou-se em uma política legitimada pela necessidade de eliminar o sujeito não pertencente à ordem dos cidadãos. Nesse passo, o direito penal liberal, de garantias, aparece como tentativa de racionalizar e limitar o uso do poder punitivo estatal.

Mesmo na Grécia Antiga a defesa da democracia e conseqüentemente do Estado contra a tirania já legitimou uma série de injustiças contra minorias eleitas por grupos dominantes politicamente (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 36). Na cultura política da Roma Antiga o processo não foi muito diferente, a evolução do crime de lesa-majestade demonstra como em nome do Estado e da ordem política se elegia determinados cidadãos tidos como tiranos e inimigos. (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 81).

Arno Dal Ri Júnior explica o tratamento dos romanos para com os cristãos:

Por fim, diversos escritos do período imperial narram a violenta perseguição realizada pelas autoridades romanas aos adeptos de uma seita do judaísmo que se reuniam em catacumbas – os famigerados cristãos -; não era outra a justificativa para semelhantes massacres senão o fato de a doutrina por eles professada levá-los a cometer sistematicamente os crimes de *sacrilegium* e de *laesae maiestatis*. Não admitindo a autoridade divina do imperador nem seu respectivo culto, os prosélitos seguidores desta seita, por se negar a jurar em nome do Imperador – considerado o símbolo do Estado romano -, eram condenados aos mais variados suplícios sem a mínima possibilidade de defesa. (2006, p. 81).

Passado um longo período em que a estrutura hierarquizada do poder se fragilizou, o período colonialista representa sua retomada histórica definitiva, já que depois desta a estrutura do poder punitivo pouco se alterou. Neste período colonialista o poder punitivo se direcionou a eliminar aquele que estivesse impedindo seu processo. A repressão alternava entre o religioso, visando atingir o “diabólico”, tal como ocorreu com no período da caça às bruxas e, por outro lado, tratava de minimizar as populações nativas das colônias, tratando-as não raro como coisas – sem qualquer tratamento jurídico – ora como inimigos.

10 Explica Eugenio Raúl Zaffaroni: “O exercício do poder planetário sempre precisou, certa forma, de poder interno nas potências dominantes, pois não se pode dominar sem organizar-se previamente em forma dominante. Por aquilo, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder, necessitou antes reordenar suas sociedades em forma de alta hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades, para qual retomou um poder interno que tinha sido exercido pela grande potência conquistadora (Roma), e cuja queda tinha desaparecido: o poder punitivo.” Conclui: “Esse formidável instrumento de verticalização social dotou as sociedades européias da férrea organização econômica e militar (e da homogeneidade ideológica, indispensáveis ao sucesso do genocídio colonialista”. (2010, p. 6). Grifos no original.

Por sua vez, o estágio neocolonialista da sociedade européia, representou a ascensão de uma classe (burguesa) que sofrendo com a reprimenda penal voltou-se contra ela, fazendo com que o poder punitivo se direcionasse ao ser inferior apontado pela ciência que passava por intensas revoluções.

Sintetiza Eugenio Raúl Zaffaroni (2010, p. 12 e 13):

O poder punitivo cumpriu um papel central neste momento planetário. A Igreja Romana tinha perdido a hegemonia discursiva; a reforma preparou o capitalismo, aceitando que o diabo era dono deste mundo e que só a fé podia salvar no próximo. Os filósofos e os juristas legitimaram discursivamente a redução do poder punitivo sobre a nova classe em ascensão, e por último os policiais e os médicos, baseados no progresso permanente e em disparates biológicos, tinham proporcionado o novo discurso hierarquizante, claramente racista, paternalista, organicista, misógino, discriminador, cuja consequência última levava à eliminação dos inferiores.

Já no século XXI, o poder repressivo foi exercido de maneira genocida, sem nenhuma base legal a não ser a palavra (decisão) do próprio soberano. É o momento que marca a adoção do “estado de exceção” como paradigma da política. Isto porque “as leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal, e algo do sistema penal paralelo, enquanto por debaixo funcionava o subterrâneo, sem lei e sem limites”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16).

A estratégia latente de eliminação de determinadas categorias de indivíduos, definidos por critérios étnicos, religiosos e sexuais, fez com que o ordenamento jurídico de direitos e garantias não suportasse tamanha opressão sem que perdesse completamente a lógica e se desprendesse da ética vigorante até então. Isto significou inclusive a suspensão da lei penal liberal em relação a estas pessoas, contra quem o tratamento punitivo tornou-se estritamente policialesco.

Explica Hannah Arendt:

O Estado-Nação, incapaz de prover uma lei para aqueles que haviam perdido a proteção de um governo nacional, transferiu o problema para a polícia. Foi essa a primeira vez em que a polícia da Europa ocidental recebeu autoridade para agir por conta própria, para governar diretamente as pessoas; nessa esfera da vida pública, já não era um instrumento para executar e fazer cumprir a lei, mas se havia tornado autoridade governante independente de governos e de ministérios. A sua força e a sua independência da lei e do governo cresceram na proporção direta do influxo de refugiados. Quanto maior era o número de apátridas e de apátridas em potencial – e na França antes da Segunda Guerra Mundial esse grupo atingiu 10% da população total –, maior era o perigo da gradual transformação do Estado da lei em Estado policial. (2007, p. 321).

Mesmo tal estrutura que aparentemente deixava à mostra sua perversidade, fundava a exceção implantada na busca pelo inimigo, levando ao extremo os mitos cientificistas, agora sob o fundamento de resguardar os Estados Nacionais (período marcado pelos regimes totalitários de cunho nacionalistas). Nesse momento, o ser humano descartável¹¹ é abertamente trazido à ordem jurídica como forma de exceção às leis formais, as quais se aplicavam a esta categoria de pessoas desapplicando-se.

Na América, e principalmente na América Latina, o fenômeno implantou-se de maneira pouco diferente. Em um primeiro momento, no estágio colonial, o poder punitivo atuou basicamente na criação de verdadeiros campos de concentração de nativos, considerados naquele momento seres inferiores¹² como já referido. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 20).

Mesmo após a independência dos países colonizados na América, tal qual o Brasil, o sistema repressivo de total exceção perdurou por décadas, visto que era controlado por oligarquias desprovidas de regimes legais. Como resposta a este período de desordem legal é que surgem as constituições e códigos penais liberais.

Superada esta fase, no entanto, os países americanos logo trataram de se espelhar nos avançados europeus e norte-americanos, culminando na adoção da então imperante política da exceção permanente (política adotada principalmente pelos regimes autoritaristas europeus), por meio da qual se busca legitimar o uso do poder repressivo ilimitadamente.

Posteriormente, com a finalidade de superarem-se governos populistas, instauraram-se diversas ditaduras apoiadas pelos Estados Unidos da América, perseguindo o então inimigo: o comunismo. Zaffaroni descreve o momento histórico (2010, p. 23):

Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, sua definição de inimigo não se deteve nos integrantes dos grupos armados minoritários, senão que em alguns casos extinguiu fisicamente uma geração de dirigentes atuais e potenciais. (...) Para isso exerceram um formidável poder punitivo ilimitado. Estabeleceram um sistema penal paralelo pervertendo as medidas de exceção das constituições, impuseram penas sem processo e submeteram civis a tribunais e comissões militares. (...) Em que pese esta atrocidade real,

11 “Efetivamente: os perigosos foram parasitas para os soviéticos, sub-humanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, a tribunais inquisitoriais/ policiais. Por suposto que na realidade foram bem mais cruéis os nazistas, mas isso não exclui outras atrocidades nem obsta a que no fundo houvesse uma base ideológica comum ou tribunal penal, que era o perigo médico/ policial (racismo) proveniente do século XIX”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16). Grifos no original.

12 “O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando lambrosianamente as crianças e os selvagens) e os mestiços como loucos morais em potencial. Deste modo racionalizava-se sua exclusão e convertia-se os mais rebeldes em inimigos (selvagens, inimigos da civilização, do progresso etc.)” (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 21). Grifos no original.

o discurso jurídico-penal seguiu alimentado pelas teorias alemãs, e nem sequer se teorizou um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada.

Aqui fica claro que um “direito penal do inimigo”, de exceção, fora implantado sem qualquer previsão legal, como ocorrera em diversos outros períodos. O cunho político (e atualmente calcado na política da exceção permanente) da atuação do poder punitivo é de tamanha monta que a tentativa de teorizar uma nova teoria em decorrência de ataques terroristas, ou do surgimento de novos bens jurídicos está fadada ao insucesso se pretende figurar como um paradigma político novo, visto que se trata de um paradigma predominante ao longo da história do poder repressivo.

Neste momento resta indagar: quem seria o inimigo na modernidade recente? De plano, temos que a palavra “inimigo” se contrapõe ao conceito de “cidadão” (REYES ALVARADO, 2006, p. 783). Ao cidadão seria aplicado as regras normais de pacificação social, quanto ao inimigo haveria um tratamento mais rigoroso, especial em relação àquele. “Inimigo”, segundo Jakobs é

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, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 42).

Com essa dicotomia não quer se afirmar que o cidadão não comete crimes, mas que “nem todo delinqüente é um adversário do ordenamento jurídico” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 43). Dessa forma, deve-se buscar um critério diferenciador entre o crime praticado por uma pessoa e ela ainda conservar o “status” de “cidadão”; ao passo que cometido por outra, esta ganharia a condição de “inimigo”. Luis Gracia Martín expõe a diferença entre “cidadão” e “inimigo”:

Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. (2007, p. 82)

Jesús-María Silva Sánchez afirma que o indivíduo não nasce “inimigo”, mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa “transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinqüência

profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (2002, p. 149).

Luis Gracia Martín indaga se nas sociedades modernas existe, objetivamente, a figura do inimigo diante de determinadas situações ou condutas que seriam capazes de identificá-lo. Mas se possível identificá-lo e tratá-lo penalmente de forma diferenciada, qual seria a justificação e quem seria competente para apontar quais seriam os inimigos? (2007, p. 80).

Ainda, é bastante questionável a legitimidade de uma construção teórica que retira daquele considerado inimigo a sua condição de pessoa, pois não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula essa condição, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização do ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. (ZAFFARONI, 2007, p. 21).

Ao que parece, a busca incessante pela classificação do sujeito na categoria de cidadão ou de inimigo provém de uma falta de rigor racional impulsionada por teorias hobbesianas que trataram de levar a racionalidade contratualista às últimas consequências. É o que nos indica Otfried Höffe:

Na guerra civil se vivencia diretamente com uma implacabilidade palpável, porque são necessárias as instituições políticas fundamentais. Direito e Estado são necessários para garantir a paz e possibilitar a sobrevivência, a liberdade e a felicidade dos homens. Uma filosofia que olha paralisada para o perigo da guerra civil (em tempos recentes com menos dramaticidade para o risco da ingovernabilidade) pensa em categorias de amigo-inimigo, de decisão e sua efetivação, de comando e obediência e tende a uma absolutização do direito positivo e do Estado. (2005, p. 11).

Uma atenciosa análise nos leva a perceber que a perseguição de inimigos encontra-se no âmago do poder punitivo desde seu aparecimento na história. Entretanto, tomando por base a modernidade, observa-se que a margem cinzenta entre o direito de guerra e o direito de garantias encontrava-se margeada e controlada pelo direito penal liberal, o qual fora dominado por uma completa indeterminação totalitária.

No contexto da legitimação, a teoria do direito penal do inimigo, diferentemente de outrora, não intenta tão-somente viabilizar a criminalização de condutas de minorias e

estranhos ao sistema dominante. Pelo contrário, representa, sob a perspectiva que se aborta, a legitimação da política de exceção permanente, ou seja, da indeterminação. Do ponto de vista teórico porque se nutre de um contratualismo extremista e, do ponto de vista prático, porque incapaz de diferenciar precisamente cidadãos de inimigos.

3 A questão da legitimidade: teorização da exceção

Günther Jakobs baseia-se no fato de que um direito penal do inimigo teorizado e definido seria mais seguro e democrático que simplesmente se aceitar a aplicação do direito excepcional de guerra ou de emergência ou o direito penal clássico para combater crimes e criminosos de gravidade extrema, defendendo, portanto, a possibilidade da existência de um direito penal do inimigo não autoritário.

Outra premissa: para o teórico nem todo cidadão pode ser considerado humano pelo simples fato de estar vivo. De raiz evidentemente contratualista, a teoria Jakobs segue no sentido de que o sujeito só deve ser *tratado* como pessoa (de direito) se fiel ao ordenamento jurídico. Vejamos:

[...] a proposição "No Direito, todo ser humano tem o direito de ser tratado como uma pessoa" é incompleta; ademais, há que se determinar quem deve procurar quais as condições para tornar efetiva esta personalidade, e neste contexto deve ser claro que a responsabilidade de um apoio suficiente cognitivo deve ser observado na própria pessoa, pelo menos no que diz respeito à norma, de confiança, em termos gerais, de fidelidade ao ordenamento. Por conseguinte, a correta formulação da proposta é a seguinte: "Quem é fiel à lei (ao ordenamento jurídico) com alguma segurança, tem o direito de ser tratado como uma pessoa" e quem deixa de respeitar este mandamento, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como uma pessoa (2006, p. 83). Tradução livre¹³.

À primeira vista, tal discurso aparenta ser prudente e aceitável democraticamente, porém como pensam os críticos à teoria de Jakobs, os quais seguimos, não o é, a começar pela questão da *polaridade*¹⁴ inerente ao direito penal. Para Jakobs, o direito penal em última

13 No original em espanhol: "...La proposición "en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona" es incompleta; además, há de determinarse quién debe procurar cuáles de las condiciones para convertir en realidad esa personalidad, y en este contexto debería resultar evidente que la responsabilidad de un suficiente apoyo cognitivo queda anotado en el debe de la propia persona, al menos en lo que se refiere a la prestación, fiable a grandes rasgos, de fidelidad al ordenamiento. En consecuencia, la formulación correcta de la proposición es la siguiente: "todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona", y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona." (JAKOBS, 2006, p. 83).

14 "Jakobs afirma que o poder punitivo cumpre a função simbólica de reafirmar a vigência da norma – sua conhecida teoria da pena – no direito penal do cidadão, tanto que no direito penal do inimigo opera como mero impedimento. Não obstante, sustenta que ambas funções encontram-se presentes sempre, pois a respeito do

análise intenta resguardar a norma¹⁵: para o cidadão comum, com a retribuição, punindo-o com a privação de sua liberdade (forma de reafirmação da norma); no caso do terrorista, impedindo seu ato e a conseqüente transgressão da norma.

Esta polaridade, de certa forma entre *culpabilidade* e *periculosidade*, para Jakobs está na essência do direito penal, ao passo que para Zaffaroni é “o problema central, e nunca resolvido, de todas as teorias que legitimam o poder punitivo”. (2010, p. 117).

Cabe destacar a crítica de Zaffaroni (2010, p. 117):

A ratificação da vigência da norma não passa de ser uma metafunção (ou parafunção) de toda coerção legítima do estado: a sanção civil, por exemplo, cumpre uma função restitutiva ou reparadora, mas não se pode negar que, ao mesmo tempo, também ratifica a vigência de uma norma e tem efeitos preventivos.

Portanto, o teórico alemão utiliza-se de uma faceta da força normativa da lei, qual seja, a reafirmação de sua vigência por meio da aplicação da sanção, para fundamentar sua proposição de que o direito penal intenta resguardar a norma. Ao fazê-lo, entretanto, acaba por negar totalmente qualquer possibilidade existencial de um direito de resistência, por exemplo. Retira também toda dinamicidade de direito, ao passo que o normativo precede o social e o político, críticas estas tão-somente exemplificativas, visto que esta não é a intenção primordial deste estudo, e ao que nos parece também não é o foco principal de Günther Jakobs¹⁶.

O que se intenta demonstrar é que tal teoria não pode mais que trazer à seara jurídica algo que já permeia o campo político há séculos. A conclusão, embora pessimista, nos parece ser no sentido de que toda a história do sistema punitivo estatal caracteriza-se de legitimar e sistematizar o direito penal autoritário, ao passo que o liberalismo penal, de cunho iluminista,

terrorista também a contenção serve para reafirmar a vigência da norma, e, no ladrão a contenção serve para reafirmar a vigência da norma, e, no ladrão comum, esta reafirmação se traduz em uma privação de liberdade, importa um impedimento de reiterar o comportamento durante o tempo de prisão. O professor de Bonn se queixa de que a doutrina contemporânea não faz cargo desta polaridade.” (ZAFFARONI, 2006, p. 116).

15 Para o teórico: “El fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. En este contexto, la vigencia real debe tomarse como contraposición a una vigencia tan sólo postulada, y no impuesta, es decir, de una vigencia que no dirige la orientación. Esta prestación de orientación puede mantenerse incluso en caso de producirse un quebramiento de la norma: si ese quebramiento de la norma, precisamente, es tratado como quebramiento de la norma, la norma sirve como esquema de orientación y está realmente en vigor”. (JAKOBS, 2006, p. 80).

16 Jakobs extrapola o campo teórico para assumir uma postura muito mais constatativa. De fato, o autor consegue ser muito prático ao demonstrar que o direito penal vem se transformando e abandonando seus conceitos clássicos ao criar cada vez mais leis de combate, também denominadas leis frontalistas, as quais têm por características a intenção de eliminar determinadas categorias de criminosos, utilizando de meios não consagrados constitucionalmente.

aparece como crítica e contenção deste modelo imperante, ainda que incapaz de transformá-lo.

Ao estudar o inimigo na obra de Carl Schmitt, Zaffaroni argumenta:

São várias as observações reveladoras para um direito penal do inimigo a partir de Schmitt. Em princípio, é importante assinalar que sua teoria não se constrói frente a um inimigo concreto, senão que a elabora em um nível mais abstrato que todas as outras e, por isso, sua menção é ineludível. Neste plano abstrato sustenta que na política sempre deve haver um inimigo, ou seja, que se não há para que tenha política, deve-se construir ou encontrar um inimigo, o que parece confirmar-se historicamente quanto ao poder punitivo, que leva 800 anos buscando inimigos quando pretende liberar-se de todo limite, ou seja, que a afirmação de Schmitt é verdadeira no sentido de que o estado autoritário – não toda a política – sempre requer um inimigo. (2010, p. 125). Grifo no original.

E assim conclui:

A síntese da tese schmittiana poderia ser a de que fora do estado autoritário, construído sempre frente a um inimigo, não há política. Daí se deduziria que frente ao direito penal autoritário tampouco haveria um direito penal liberal, senão uma simples crítica liberal ao anterior. Bastaria invocar a necessidade de defender a Constituição frente a um inimigo para que cessassem automaticamente os limites liberais ao poder punitivo. Como não pode haver política sem inimigo a Constituição seria um mito, pois o estado constitucional não poderá eliminar a política e, por fim, também teria inimigos, dos quais não poderia defender-se dentro da própria Constituição. (ZAFFARONI, 2010, p. 126).

Destarte, justamente esta natureza eminentemente política é que inviabiliza qualquer teoria de um direito penal do inimigo democrático, ao passo, que os eleitos a inimigos do Estado sempre seriam, como demonstra a história, os estranhos e oprimidos. Além disso, o próprio Jakobs admite ser impossível não existir uma zona de indistinção entre o cidadão e o inimigo, admitindo inclusive o inimigo parcial¹⁷, fato que desabona ainda mais a pretensão de isolar esta modalidade do direito penal, visto que todo direito penal autoritário instala-se como exceção, não, todavia, tardando para ordinarizar-se. (ZAFFARONI, 2010, p. 131).

Outra forma de justificação para a contenção do inimigo se dá pelo critério da estrita medida da necessidade, ou seja, aplica-se um Direito Penal diferenciado aos que são

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

considerados como uma ameaça para justamente neutralizar o perigo que representam para a sociedade.

No entanto, Zaffaroni alerta o perigo do critério da “estrita medida da necessidade”:

[...] para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, sempre se invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que ainda não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder. Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem sequer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder. (2007, p. 24-25).

O alerta de Zaffaroni expõe a fragilidade e a insegurança jurídica trazida pelo Direito Penal do Inimigo, pois atribui-se ao arbítrio dos detentores do poder a definição de quem será considerado inimigo, bem como as atitudes necessárias para contê-lo, é demasiado autoritário e ditatorial. Esta cláusula aberta de intervenção na liberdade das pessoas espanca toda e qualquer forma de garantia contra o arbítrio do Estado.

No Brasil, a política de combate ao “inimigo” chega ao extremo de convocar o Exército para combater os traficantes de drogas, invadindo os aglomerados onde o biopoder os deixava morrer até que eles passassem a fazer morrer “amigos” da sociedade. Os meios de comunicação de massa noticiam friamente, para a cartase da população: “Mais um traficante é morto pela polícia”. A morte do inimigo é motivo de júbilo para a “sociedade”. (VIANNA, 2007, p. 156).

Com efeito, o inimigo não é apenas uma ideologia do Direito Penal, mas sim uma realidade. “Embora esse Direito Penal do inimigo tenha encontrado um rechaço doutrinário e enquanto orientação político-criminal, parece ser reconhecida por todos a existência real de um *corpus legal* de inimigos no Direito e no processo penal da atualidade” (GRACIA MARTIN, 2007, p. 77). Muitas posturas legislativas e até mesmo judiciais são levadas a efeito com a finalidade de contar aqueles que ameaçam a estrutura de poder. Pune-se pela simples condição do “ser” e não pela razão daquilo que se cometeu. Não se questiona qual crime a pessoa cometeu, sendo por sua própria condição de pessoa considerada como criminosa.

Conclui Oswaldo Giacoia Júnior:

Essa talvez seja a tendência mais preocupante da *New Penology* que atualmente firma-se no cenário internacional, recorrendo a métodos estatísticos, indicadores quantitativos para subsidiar prognósticos de

periculosidade tendo em vista grupos ou classes de sujeitos (*low risk offenders, medium risk offenders, high risk offenders*) – uma espécie de justiça penal aturial, ou gerencial-administrativa, com a tecnologia probabilístico-quantitativa de uso cotidiano nas grandes companhias de seguro. (2008, p. 30).

Dessa forma, assistimos complacentes a excepcionalidade do tratamento aos considerados inimigos ganhar corpo na legislação penal, tornando-se uma perigosa onda punitiva capaz de estender sobre parcelas cada vez maiores de cidadãos os tentáculos de um direito penal repressivo e totalitário.

Essa tendência legislativa, iniciada sob regime de exceção, começa a ganhar corpo e tornar-se uma política criminal desejada e aplaudida pela população, que é manipulada através de uma mídia sensacionalista e exploradora da criminalidade. No entanto, o que essa massa manipulada não se dá conta é que a exceção hodierna tem grandes possibilidades de travestir-se de regra de persecução num futuro próximo, solapando as garantias do acusado no sistema penal.

Com isso, a teorização do tratamento excepcional do inimigo é perigosa e insidiosa, um mitologema jurídico com intuito de legitimar a exceção permanente, capaz de levar a efeito um sistema em que se afastam as garantias do acusado com o fim de proporcionar uma falsa ideia de segurança, quando, na verdade, a insegurança jurídica provocada pela aniquilação de Direitos e Garantias Fundamentais é a pior das mazelas que pode abater-se sob a sociedade contemporânea.

Conclusão

Diante da realidade posta, esta “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual se enquadra a condição de “inimigo” seria legítima? Buscando os fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito é incompatível tratar um indivíduo como uma “não-pessoa” suprimindo garantias penais e processuais. A utilização dessa forma de tratamento penal pode dar ensejo a uma manobra de poder não para conter uma suposta ameaça, uma situação excepcional de perigo do Estado, mas para excluir determinadas pessoas consideradas simplesmente indesejadas pelos núcleos de poder.

Constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma –, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em

considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do inimigo persiste sendo “Direito” ou se é já, ao contrário, um “não-Direito”, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos “excluídos”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 150-151).

Assim, no Estado Democrático de Direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como “não-pessoa”, diante da justificativa de potencial perigo para a sociedade baseado na ideologia da prevenção para a eliminação de um perigo. Neste contexto, o Direito Penal do inimigo seria um Direito distanciado dos próprios fins do Direito Penal, que é punir o fato praticado e não a condição de pessoa. Dessa forma, a construção de tipos penais ou a supressão de garantias processuais que mantenham afinidade com a ideologia do “inimigo” estão em descompasso com a Constituição Federal e, portanto, deve ser banidas do ordenamento jurídico.

O olhar para a situação jurídica do homem contemporâneo deve passar pelas lentes dos direitos humanos, respeitando a condição de vivente não somente como centro do ordenamento legal, mas sim como centro do pensamento político que o rege. O resgate do valor do humano, ainda que por meio de cartas constitucionais democráticas é a medida que há tempos se espera da sociedade pós-humanista.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Portugal: Edições 70, 2010-B.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010-A.

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

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GIACOIA JR., Oswaldo. *Nietzsche e a genealogia do direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Avatares da penologia em tempos de bio-política*. In ALVES, F. B. CAMBI, E. KLOCK, A. B. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. trad.: Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAKOBS, Günther. *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. In MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Madri: Edisofer S. L., 2006, p. 93-116.

_____. *¿Terroristas como personas en Derecho?* In MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Madri: Edisofer S. L., 2006, p. 77-92.

JAKOBS. Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

REYES ALVARADO, Yesid. *Normativismo y derecho penal del enemigo*. in CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Edisofer, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!:* cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003