

## O INIMIGO, O *HOMO SACER* E O ESTADO DE EXCEÇÃO: DIÁLOGOS ENTRE GIORGIO AGAMBEN E GÜNTHER JAKOBS\*

*THE ENEMY, THE HOMO SACER AND THE STATE OF EXCEPTION: DIALOGUES  
BETWEEN GIORGIO AGAMBEN AND GÜNTHER JAKOBS*

Eduarda Voltz dos Santos<sup>1</sup>  
Leandro José Kotz<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto de reflexão os conceitos de *homo sacer*, estado de exceção e inimigo para o direito penal. A sua abordagem é um breve estudo comparado dos três institutos, com o fim de destacar semelhanças e complementariedades entre as teorias. Esse estudo se justifica, uma vez que, estas categorias são empregadas pelos dispositivos do biopoder e biopolítica para legitimar a reificação da vida e, por conseguinte, dominá-la. Cabe a biopolítica produzir um discurso que torne essa prática eticamente aceitável diante da população.

**Palavras-chave:** Estado de Exceção. Homo Sacer. Direito Penal do Inimigo. Biopolítica. Biopoder.

**Abstract:** This article has as object of reflection the concepts of homo sacer, state of exception and enemy for the criminal law. His approach is a brief comparative study of the three institutes, in order to highlight similarities and complementarities between theories. This study is justified, since, these categories are employed by the devices of biopower and biopolitics to legitimize the reification of life and, therefore, to dominate it. It is up to biopolitics to produce a discourse that makes this practice ethically acceptable to the population.

**Keywords:** State of Exception. Homo Sacer. Criminal Law of the Enemy. Biopolitics. Biopoder.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na primeira noite eles se aproximam  
e roubam uma flor do nosso jardim.  
E não dizemos nada.  
Na segunda noite, já não se escondem:  
pisam as flores, matam nosso cão,

\* O artigo foi recebido em 21 de março de 2018 e aprovado para publicação 26 de março de 2018 com base nas avaliações dos pareceristas *ad hoc*.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo; graduanda em Teologia da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões. Contato: eduardavoltz@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorando em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, com bolsa CAPES. Mestre em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: leandrokotz@hotmail.com



e não dizemos nada.  
Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho  
em nossa casa, rouba-nos a luz, e, conhecendo  
nosso medo, arranca-nos a voz da garganta.  
E já não podemos dizer nada.

(No caminho com Maiakóvski - Eduardo Alves da  
Costa)

Um menino de quinze anos tenta defender sua aldeia afegã de um exército invasor e é considerado um terrorista. Contra todas as convenções internacionais, passa anos detido em Guantánamo para em seguida ter de escolher: admite-se culpado e permanece mais oito anos preso ou clama por inocência eternamente no fundo de uma cela (CHOMSKY, 2013, p. 6).

Como todo ato político requer anteriormente um ato teórico, o drama kafkiano acima narrado, antes de ser posto em prática na concretude da vida, foi teorizado por alguns autores. É objeto desta inflexão de pensamento três conceitos (teorias) que, no mínimo, foram utilizadas como discurso justificador para a exclusão de categorias de cidadãos, com a consequente diminuição (ou até aniquilação) de seus respectivos direitos. Os conceitos (teorias) que aqui serão abordados, especialmente em relação aos seus pontos de contato são o estado de exceção e o *homo sacer*, trabalhados por Giorgio Agamben, e o direito penal do inimigo, desenvolvido por Günther Jakobs.

Em relação ao Direito Penal do Inimigo é mister destacar que, apesar da nomenclatura eminentemente fazer referência ao universo jurídico, trata-se mais de uma questão de *biopolítica* do que propriamente de direito criminal.

Para se chegar a tal conclusão da (bio)politização do direito, o raciocínio é simples. Sabemos que para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo. Quando o poder não conta com limites, transforma-se em estado de polícia (que se opõe, claro, ao estado – dito – de direito). O sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo. Um dos primeiros inimigos do Estado (absolutista) foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros, entre outros. Em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos<sup>3</sup>. No princípio do século XX, a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça – não à

---

<sup>3</sup> Sobre esse tema ver: HINKELAMMERT, Franz J. *Sacrifícios humanos e sociedade ocidental: Lúcifer e a Besta*. Trad. João Rezende da Costa. São Paulo: Paulus, 1995.



toa nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.). O nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo<sup>4</sup>). Já no final do século XX, o centro do poder se consolida nas mãos dos Estados Unidos, sobretudo a partir da Queda do Muro de Berlim: o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional surgidas no período. Hodiernamente, difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo. A população fica aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo. O Direito Penal surge como solução para aniquilar o inimigo. O político apresenta o Direito Penal como panaceia para os males da sociedade. Em outras palavras, a história mostra-nos que, para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra”, deve-se antes inventar um inimigo.

No próximo item apresentaremos os conceitos de estado de exceção e do *homo sacer*, para num segundo momento trabalhar a teoria do direito penal do inimigo. Os pontos convergentes dos discursos – bem como a complementariedade entre eles – se mostrarão autoevidentes.

## **ESTADO DE EXCEÇÃO E *HOMO SACER***

Os gregos antigos compreendiam a palavra “vida” em duas acepções: *zoé* e *bíos*. Enquanto que *zoé* era o simples fato do viver biológico, comum a todos os seres vivos, *bíos* era o viver qualificado, a vida inerente aos seres humanos, que se realizava na esfera da ética e da política.

Da antiguidade até a modernidade, a gestão da *zoé* se dava no âmbito familiar, não no âmbito da *pólis*. A esfera pública interessava-se unicamente pela *bíos* dos cidadãos. Nesse período, o Estado tinha poder sobre a vida e a morte dos indivíduos, através da guerra e das penas aplicáveis a quem cometia delitos.

---

<sup>4</sup> No livro *Estado de Exceção*, Agamben diz que: “Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos as liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos (2004, p. 12-13).”



O advento da modernidade produz uma inversão do *bíos* à *zoé*: a vida qualificada, política e moral (*bíos*) passa a ser problema privado dos indivíduos ao tempo em que a *zoé* passa a ser interesse do Estado. Além da inversão do *bíos* à *zoé*, na modernidade a função do (bio)poder não é mais a morte como outrora, mas sim investir na vida.

Nessa inversão do *bíos* à *zoé* é que se situam os conceitos trabalhados por Agamben, fundamentais para entendermos o funcionamento das sociedades de exceção contemporâneas. A obra de Agamben, especialmente a parte que justifica a existência da vida nua na sociedade – como por exemplo no conceito de *homo sacer*, bando e no próprio conceito de sacro – são peças chaves que permitem fundamentar a presença da *zoé* como objeto da biopolítica contemporânea. Agamben declara que

o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, 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 também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (2004, p. 13).

O paradoxo da inclusão-exclusiva que o estado de exceção, como estrutura na qual o direito inclui o indivíduo por meio de sua própria suspensão se mostra cristalino na "*military order*", promulgada nos Estados Unidos após os eventos de 2001, e que autoriza a "*indefinite detention*" e processo perante as "*military commissions*" dos não cidadãos (estrangeiros) suspeitos de envolvimento em atividades terroristas.

O famoso ato patriótico (*USA Patriot Act*), promulgado também em 2001, permite ao procurador geral manter preso o estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos. A novidade do ato patriótico está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.

Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de prisioneiros de guerra, de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas detidos, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto a sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário.



Sobre a situação inclusiva-exclusiva do ato patriótico, Agamben conclui que

a única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos *Lager* nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação (2004, p. 14-15).

Quem também relaciona tais procedimentos governamentais em relação aos suspeitos de terrorismo com a ideia de vida nua do *homo sacer* é Slavoj Žižek (2003, p. 111), quando nos lembra que tais fatos

parecem apontar diretamente para a distinção de Agamben entre o cidadão total e o *Homo sacer* que, apesar de um ser humano vivo, não é parte da comunidade política. [...] mas isso não quer dizer que se tornaram ilegais por causa de sua atividade terrorista criminosa: quando comete um crime grave, assassinato, por exemplo, um cidadão americano continua sendo um “criminoso legal”; a distinção entre criminosos e não criminosos nada tem em comum com a distinção entre cidadãos “legais” e os que na França são chamados de *sans-papiers* [sem documentos]. Os excluídos são não apenas terroristas, mas também os que se colocam na ponta receptora de ajuda humanitária (ruandeses, bósnios, afegãos...): o *Homo sacer* de hoje é o objeto privilegiado da biopolítica humanitária: o que é privado da humanidade completa por ser sustentado com desprezo. Devemos assim reconhecer o paradoxo de serem os campos de concentração e os de refugiados que recebem ajuda humanitária as duas faces, “humana” e “desumana”, da mesma matriz formal sociológica.

O que fica evidente, tanto na figura do suspeito de terrorismo quanto na do refugiado, é que a população mundial é reduzida ao processo de potilização da vida ou a biologização da política – a biopolítica. Em cada um desses espaços de exceção, em que a vida nua dos indivíduos é transformada em objeto de manobra política, o que está em jogo é uma operação que encontra no *homo sacer*, arcaica figura do direito romano, seu melhor paradigma.

*Homo sacer* é uma expressão latina que significa “homem sagrado”, isto é, “homem a ser julgado pelos deuses”. Trata-se de uma figura original do direito romano arcaico, a qual se refere à condição de quem cometia um delito contra a divindade, colocando em risco a *pax deorum*, a amizade entre a coletividade e os deuses, que era a garantia de paz e prosperidade da *civitas*; ou seja, tal delito era uma ameaça ao próprio Estado. Em consequência disso, o indivíduo era “consagrado” à divindade, isto é, deixado à mercê da vingança dos deuses. Expulso do grupo social, excluído de todos os seus direitos civis, a sua vida passava a ser considerada “sagrada” em sentido negativo.



Como sintetiza Agamben, “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra” (2002, p. 90). Esse bandido, na verdade, é um abandonado, o feito fora-da-lei, por ter-se tornado, de alguma forma, um malfeitor à comunidade. Isso faz com que ele possa ser morto por qualquer um, sem que isso configure um homicídio, justamente porque o que está em risco é a própria comunidade jurídico-política. A justificativa para tal paradoxo encontra-se no fato de que aquele indivíduo que atenta contra a cidade ainda permanece fora dela, em algum lugar na natureza, na selva, enfim, banido da comunidade. Precisamente por isso que Agamben irá afirmar que:

A vida do bandido – como aquela do homem sacro – não é um pedaço de natureza ferina sem qualquer relação com o direito e a cidade; é, em vez disso, um limiar de indiferença e de passagem entre o animal e o homem, a *phýsis* e o *nómos*, a exclusão e a inclusão: *loup garou*, lobisomem, ou seja, *nem homem nem fera*, que habita paradoxalmente ambos os mundos sem pertencer a nenhum (2002, p. 112).

Percebe-se que o *homo* (bandido, inimigo, terrorista) torna-se *sacer* através da substituição do totalitarismo tradicional pelo democrático estado de emergência permanente.

## DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do inimigo foi desenvolvida<sup>5</sup> por Günther Jakobs, professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, reconhecido mundialmente como um dos maiores criminalistas da atualidade.

Na década de 1980, Jakobs traçou os primeiros lineamentos da teoria em análise, voltando ao seu estudo no final dos anos 1990, mas, desde 2003 – especialmente após os eventos de setembro de 2001 - de maneira mais assertiva, vem assumindo postura inequívoca na defesa da adoção do Direito Penal do inimigo.

---

<sup>5</sup> Embora desenvolvida por Jakobs, este fundamenta filosoficamente sua teoria nas ideias de Jean Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. Rousseau entende que o inimigo, ao desrespeitar o contrato social, guerreando com o Estado, deixa de ser um de seus membros. Fichte pensa que quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos. Hobbes assevera que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo. Kant sustenta que uma pessoa ameaçadora contumaz da comunidade e do Estado, que não acolhe o Estado comunitário-legal, deve ser tratada como inimiga.



*Ad initium*, da palavra “inimigo”, em seu aspecto léxico, extrai-se o seguinte significado:

- 1 - Diabo.
- 2 - Hostil, contrário a.
- 3 - Que aborrece ou quer mal.
- 4 - Que milita em fação oposta.
- 5 - Com quem se anda em guerra<sup>6</sup>.

Constata-se, em qualquer dos significados extraídos da palavra, que o termo “inimigo” representa aquele que, em situação de confronto, deve ser enfrentado e a qualquer custo vencido. No pensamento de Jakobs não é diferente.

Inimigo, para ele, é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às “pessoas de bem” não podem ser a ele aplicadas.

Em síntese, trata-se de um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização criminosa, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança para a coletividade e assim se manifesta por meio de sua conduta.

Para Silva Sánchez (2002, p. 149), a transição do “cidadão” ao “inimigo” seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.

Como exemplos de pessoas identificadas como inimigas, após citar o ataque às torres gêmeas de Nova York, em 11 de setembro de 2001, Jakobs (2012, p. 39) aponta os integrantes de organizações criminosas, delinquentes econômicos, terroristas, autores de crimes contra a liberdade sexual e, residualmente, os responsáveis pela prática de infrações penais graves e perigosas.

---

<sup>6</sup> Dicionário Aurélio de Português online. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/inimigo>>. Acesso em: 18 Oct. 2017



Inicialmente, o Estado não deve reconhecer os direitos do inimigo, por ele não se enquadrar no conceito de cidadão. Conseqüentemente, não pode ser tratado como pessoa, pois entendimento diverso colocaria em risco o direito à segurança da comunidade. De forma cristalina, Jakobs declara que,

quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (2012, p. 49).

O inimigo, assim, não pode gozar de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual.

Como representa grande perigo à sociedade, deixa-se de lado o juízo de culpabilidade para a fixação da reprimenda imposta ao inimigo, privilegiando-se sua periculosidade. Em síntese, as penas são substituídas por medidas de segurança.<sup>7</sup>

Dessa forma, trata-se de um Direito Penal prospectivo, com visão para o futuro. Deve ainda o Direito Penal do inimigo antecipar a esfera de proteção da norma jurídica, adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição. Ora, se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para a manutenção da ordem deve ser combatida a sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime.

Essa antecipação não se importa com a quantidade da sanção penal a ser aplicada, pois o que se tem em mente é a garantia da sociedade. O inimigo não tem direitos e, assim, seu sacrifício se impõe para a proteção do interesse público. No caso do fatídico atentado de 11 de setembro de 2001, inúmeras vidas seriam salvas se a atuação inimiga tivesse sido interceptada previamente.

---

<sup>7</sup> De fato, a pena teria duração determinada, ao contrário da medida de segurança, que tem duração indeterminada. Isso possibilita a retirada do "inimigo" do convívio público por todo o tempo em que persistir sua situação de perigo, compreendida como a probabilidade de tornar a cometer infrações penais.





Mitiga-se também o princípio da reserva legal ou estrita legalidade, pois a periculosidade do inimigo impede a previsão de todos os atos que possam ser por ele praticados. Reclama-se, assim, uma narrativa vaga e pouco precisa dos crimes e das penas, que devem variar no caso concreto, dependendo da ameaça representada pelo combatente da guerra. Mesmo nos crimes minuciosamente tipificados, as penas devem ser severamente majoradas (como por exemplo, na lei dos crimes hediondos), com o intuito de intimidar o inimigo, mantendo em estado latente todo o perigo que pode ser por ele causado.

Autoriza-se, também, a criação artificial de delitos, inflacionando a legislação penal, ainda que os bens juridicamente tutelados não sejam muito claros e até mesmo não reconhecidos pela sociedade. Como corolário, deve ser mais rigorosa a execução penal, na tentativa de emendar o inimigo e evitar a proliferação de outros, que deverão sentir a força e o poder do Estado legalizado.

Possível, assim, a eliminação de direitos e garantias individuais, uma vez que não paira necessidade de obediência ao devido processo legal, mas a um procedimento de guerra, de intolerância e repúdio ao inimigo. A propósito, é cabível inclusive a utilização da tortura como meio de prova, e também para desbaratar as atividades ilícitas do criminoso e dos seus comparsas.

Nitidamente, enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um direito penal do cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o Direito Penal do inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado (Policial). Em suma, para Jakobs, já que estamos em uma guerra, o importante é vencer, ainda que para isso haja deslealdade com o adversário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da retórica da segurança e proteção da população a qualquer custo, a política de suspender parte ou todo o ordenamento jurídico de uma nação está



tornando-se a regra – é o que Agamben classifica como estado de exceção permanente. O Estado contemporâneo passa a ter permissão de afirmar sua soberania sem restrições legais, uma vez que se encontra em situação de emergência. Tudo isso empreendido tantas vezes até que “a distinção entre estado de guerra e estado de paz fica embaçada; estamos entrando numa era em que um estado de paz em si pode ao mesmo tempo ser um estado de emergência” (ŽIŽEK, 2003, p. 128).

Esse estado de emergência inclusivo-exclusivo foi – e ainda é – proposto contra categorias inteiras de outrora cidadãos, agora transformados em inimigos, *homo sacer*.

Quando o *homo* passa a ser *sacer* ou passa a ser identificado como inimigo, percebemos a claramente a reificação do ser humano pela política. Sua vida passa a existir apenas na dimensão de *zoé*, no exclusivo aspecto biológico, dissociado de qualquer valor ou importância perante a sociedade.

No direito normal, em tempos de paz, há infratores. No direito normal, em tempos de guerra, há inimigos. Ao se criar uma categoria híbrida – em forma de exceção permanente – misturando a guerra e a paz, a guerra e a política, a única coisa que acaba-se por inventar uma é guerra suja, uma guerra que não é guerra, uma paz que não é paz, um infrator que é um inimigo, um inimigo que é *sacer*.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo horizonte: Editora UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

CHOMSKY, Noam. *Sistemas de poder: conversas sobre as revoltas democráticas globais e os novos desafios ao império americano*. Trad. Roberto Leal Ferreira. Rio de Janeiro: Apicuri, 2013.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

ŽIŽEK, Slavoj. *Bem vido ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.