

# MODERNIDADE, CRIME E ESTADO DE EXCEÇÃO: O DIREITO PENAL INIMIGO DO CIDADÃO

*Guilherme F. A. Cintra Guimarães*<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. CIDADÃO E INIMIGO: DOIS TIPOS DE DIREITO PENAL? 2. UM PEQUENO EXERCÍCIO DE DESCONSTRUÇÃO: NORMA, CRIME, EXCEÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

**Resumo:** O artigo analisa criticamente a teoria do direito penal do inimigo proposta por Günther Jakobs. Após uma breve descrição dos seus principais fundamentos, ela é submetida a uma leitura desconstrutiva, que tem como base a teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann, autor bastante citado pelo próprio Jakobs para fundamentar pontos importantes da sua teoria. O objetivo é demonstrar o caráter autoritário e as incompatibilidades de um direito penal do inimigo em relação às conquistas históricas do constitucionalismo e ao caráter plural e hipercomplexo da sociedade moderna.

**Palavras-chave:** direito penal do inimigo. sociedade moderna. estado de exceção.

**Abstract:** The article analyses in a critical way the criminal law for the enemy proposed by Günther Jakobs. After a brief description of its main points, it is submitted to a deconstructive view based on the theory of modern society of Niklas Luhmann, an author very quoted by Jakobs in order to support some basic foundations of its own theory. The main purpose is to demonstrate the authoritarian characters of a criminal law founded on the idea of the enemy and its inconsistencies with the plural and complex features of modern society.

**Keywords:** criminal law for the enemy. modern society. state of exception.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (2005). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2007). Pesquisador da *Università degli Studi di Genova* sobre o tema: Consultoria Jurídica e Políticas Públicas (bolsa de pesquisa *Alla scoperta dell'Italia*, 2009/2010). Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

## Introdução

*“Em cada época, é preciso arrancar a tradição ao conformismo, que quer apoderar-se dela. Pois o Messias não vem apenas como o salvador; ele vem também como o vencedor do Anticristo. O dom de despertar no passado as centelhas de esperança é privilégio exclusivo do historiador convencido de que também os mortos não estarão em segurança se o inimigo vencer. E esse inimigo não tem cessado de vencer.” (Walter Benjamin)*

Na sua tese 6 sobre o conceito de história<sup>2</sup>, Benjamin formula uma provocação à história e aos historiadores, tendo em vista a necessidade de “arrancar a tradição ao conformismo”, de se levar em conta o ponto de vista dos vencidos na narrativa histórica, pois, segundo ele, “nem os mortos estarão a salvo se o inimigo vencer”.

Quem é esse inimigo do qual nos fala Benjamin, capaz de ameaçar até mesmo a existência daqueles que já estão mortos? Pode-se pensar aqui no nazismo, no facismo, nos regimes totalitários em geral, haja vista que Benjamin escreveu as suas famosas teses na atmosfera que sucedeu o pacto entre Hitler e Stalin, poucos meses antes de se matar<sup>3</sup>. A vitória do totalitarismo implicaria certamente uma nova releitura seletiva e autoritária do passado, em que nem mesmo os mortos estariam a salvo.

No entanto, também é possível identificar esse inimigo com a própria obsessão pela busca de um inimigo. Obsessão que marcou os “tempos sombrios” do contexto bélico europeu da primeira metade do século XX e que pode ser identificada, ainda hoje, por exemplo, no discurso de alguns condutores da política externa norte-americana em sua “guerra contra o terror”.

---

<sup>2</sup> BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de História. In: \_\_\_\_\_. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas - v. I. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 224-225.

<sup>3</sup> GINZBURG, Carlo (2001). Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância. In: \_\_\_\_\_. **Olhos de madeira**: nove reflexões sobre a distância. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 216.

Essa vitória incessante dos inimigos, capaz de pôr em risco a humanidade, seu passado, sua história, seus mortos, pode, assim, ser interpretada como a vitória de uma concepção beligerante da sociedade e da sua forma de existência política, em que a construção, mesmo que artificial, de um inimigo é essencial para a afirmação da própria identidade social.

Ninguém melhor do que Schmitt, contemporâneo de Benjamin, formulou essa necessidade. No seu ensaio sobre o conceito de político<sup>4</sup>, a autonomia e a centralidade da política na sociedade são justificadas a partir da possibilidade de distinção entre amigo e inimigo. Sem a possibilidade de afirmação dessa distinção, ocultada pelas teorias pacifistas e liberais, a política, de acordo com Schmitt, perde o seu espaço e também o seu sentido próprio.

É em contraposição a essa definição bélica de política que as teses de Benjamin podem ser mais bem compreendidas. Na sua tese 8, uma das mais emblemáticas, Benjamin afirma que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral”<sup>5</sup>. Aqui é possível identificar uma referência implícita à teoria schmittiana da soberania, de acordo com a qual “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”<sup>6</sup>. Para Schmitt, a exceção representa o estado de suspensão da ordem jurídica necessário à produção da situação normal em que as regras do direito podem ser aplicadas. De acordo com Benjamin, essa situação de exceção não é nada excepcional, pois constitui, na verdade, a regra geral.

Se o inimigo representa uma ameaça à ordem, pode-se, então, supor que a ele não se aplicam as leis que regulam as situações normais. Para o inimigo, não vale a regra, mas sim a exceção. Trata-se aqui de uma concepção cuja força ainda se faz sentir, como um fantasma, nos

---

<sup>4</sup> SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

<sup>5</sup> BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de História. In: \_\_\_\_\_. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas - v. I. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 226.

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7. Sobre a polêmica entre Benjamin e Schmitt acerca do estado de exceção, cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 81-98; e DYMETMAN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 53, 2001.

dias atuais, não obstante todos os horrores e toda a barbárie vivenciados no século passado<sup>7</sup>.

No direito penal, não é muito difícil constatar uma certa tendência à generalização da exceção. Na prática, especialmente visível no contexto brasileiro, a seletividade, a exclusão e a violência produzidas e alimentadas pelo funcionamento “normal” do sistema penal nos fazem lembrar a tese benjaminiana de que o excepcional já foi, em boa medida, transformado em regra geral. O mais curioso (ou assustador), entretanto, é que essa normalização da exceção venha acompanhada de tentativas de justificação teórica.

O objetivo deste artigo é analisar uma tentativa específica de teorização e justificação da exceção no campo criminal denominada “Direito Penal do Inimigo”, proposta inicialmente pelo penalista alemão Günther Jakobs. Após uma breve descrição dos seus principais fundamentos, buscaremos submetê-la a uma leitura desconstrutiva, tendo em vista tornar visíveis as suas inconsistências teóricas e o seu caráter autoritário para, ao final, demonstrar a sua incompatibilidade com as conquistas históricas do constitucionalismo e com o próprio caráter plural e hipercomplexo da nossa sociedade moderna.

## 1. Cidadão e inimigo: dois tipos de direito penal?

O direito penal do inimigo proposto por Günther Jakobs tem ganhado força principalmente no contexto pós 11 de setembro, servindo para justificar, em parte, as medidas excepcionais de combate ao terrorismo adotadas nos Estados Unidos<sup>8</sup> e na Europa, o que também não exclui, todavia, a sua difusão em países da América Latina, em que a

---

<sup>7</sup> Como afirma Edgar Morin, é necessário resgatar a memória dessa barbárie para poder superá-la, pois “o pior é sempre possível” (MORIN, Edgar. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006. p. 108).

<sup>8</sup> Para uma crítica à reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro, tendo em vista a adoção de medidas que representam uma suspensão seletiva de diversas conquistas do constitucionalismo moderno, cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo**: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

“ameaça do terror” não obteve muita (ou nenhuma) repercussão legislativa.

Jakobs parte de uma concepção funcionalista do direito penal, fundamentada a partir da apropriação de diversos conceitos presentes na teoria da sociedade desenvolvida por Niklas Luhmann<sup>9</sup>. De acordo com Jakobs:

[...] o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade. [...] A prestação que realiza o direito penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O direito penal confirma, portanto, a identidade social<sup>10</sup>.

Para cumprir essa função de garantia da identidade normativa da sociedade, a pena é aplicada como uma forma de contradizer o projeto de mundo do criminoso, que, ao infringir a norma, desafia a própria constituição da identidade social: “a sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> O próprio Jakobs reconhece, todavia, que: “um conhecimento superficial dessa teoria permite perceber rapidamente que as presentes considerações [relativas ao funcionalismo jurídico-penal] não são em absoluto conseqüentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais” (JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um directo penal funcional. São Paulo: Manole, 2003. p. 2-3). Embora não seja esse o principal objetivo deste artigo, em relação a alguns pontos centrais, será possível demonstrar a inadequação da utilização da teoria da sociedade de Luhmann para justificar a propostas teóricas de Jakobs, seja o seu funcionalismo penal ou o seu direito penal do inimigo. A teoria luhmanniana será utilizada, inclusive, como referência para a crítica tanto da idéia de função no direito penal como a da possibilidade de sustentação de um tratamento jurídico-penal diferenciado para os supostos “inimigos” da sociedade.

<sup>10</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um directo penal funcional. São Paulo: Manole, 2003. p. 1-4.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 13. Para as implicações dessa concepção funcionalista acerca da sanção e da validade da norma na formulação de uma teoria da imputação objetiva no direito

Tendo em vista responder às críticas que identificam no seu funcionalismo um caráter conservador, por pressupor a necessidade de manutenção da estabilidade da sociedade independentemente de considerações acerca da liberdade dos indivíduos, Jakobs afirma, revigorando o anacrônico mito da neutralidade científica, que “o ponto de partida funcional (...) é neutro”<sup>12</sup> e que, provavelmente, “essa descrição neutra (...) é o mais chocante na prática de toda a teoria funcional”<sup>13</sup>.

Não obstante essa suposta neutralidade, Jakobs conclui, de um modo bastante vago e ambíguo, que “a função cuja observação garante o direito penal é a de cidadão fiel ao direito; vale dizer, a da pessoa em direito”<sup>14</sup>. De acordo com ele: “todo aquele que negue sua racionalidade de modo demasiado evidente ou estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em direito, pelo menos não neste momento”<sup>15</sup>.

Só pode ser tratado como “pessoa em direito” – isto é, como cidadão –, segundo a definição tautológica de Jakobs, “quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”<sup>16</sup>, pois, “do mesmo modo que a vigência da norma não pode manter-se de modo completamente contrafático, tampouco a personalidade”<sup>17</sup>.

---

penal, cf. JAKOBS, Günther. Imputation in criminal law and the conditions for norm validity. **Buffalo Criminal Law Review**, v. 7, n. 2, 2004.

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um directo penal funcional. São Paulo: Manole, 2003. p. 14.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 33. De acordo com Jakobs: “a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizem no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída contrafaticamente como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser

São essas as premissas básicas que permitem a distinção entre dois tipos de direito penal, o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo:

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<sup>18</sup>.

Com base no direito à segurança dos cidadãos e no fato de que o próprio “*status* de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder”<sup>19</sup>, o Estado está autorizado a “eliminar direitos de modo juridicamente ordenado”<sup>20</sup>, adotando medidas excepcionais para combater os seus inimigos, isto é, os indivíduos perigosos que representam um risco de dano futuro à vigência da norma<sup>21</sup>.

O inimigo deve, portanto, de acordo com a concepção de Jakobs, ser combatido, não merecendo o mesmo tratamento e as mesmas garantias normalmente conferidas aos cidadãos, “pessoas em direito”. Como em uma guerra, para ele não vale o Estado de Direito, mas sim o Estado de Exceção. Justifica-se, assim, uma suspensão seletiva das

---

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” (Ibid., p. 42).

<sup>18</sup> Ibid., p. 49. De acordo com Jakobs: “o direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para poder reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade” (Ibid., p. 37).

<sup>19</sup> Ibid., p. 26.

<sup>20</sup> Ibid., p. 40.

<sup>21</sup> Ibid., p. 44. Sobre a passagem de um direito penal do risco para um direito penal do inimigo, nos moldes defendidos por Jakobs, cf. PRITZWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 47, 2004.

garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, uma aplicação seletiva de medidas preventivas de emergência. No lugar do direito penal do cidadão, aparece o direito penal do inimigo<sup>22</sup>.

Cidadão e inimigo, risco e segurança, regra e exceção: o que está por trás de todas essas distinções?

## 2. Um pequeno exercício de desconstrução: norma, crime, exceção

Desconstrução é o nome comumente dado ao modo particular de questionamento filosófico desenvolvido por Jacques Derrida. Desconstruir um texto significa testar os limites do discurso que o fundamenta, desestabilizar as estruturas de sentido que o legitimam, explorar os dilemas, paradoxos e aporias que estão por trás dos esquematismos, oposições e hierarquias conceituais que sustentam a coerência do seu modo particular de construção e argumentação<sup>23</sup>.

Não se trata de um método específico e bem delineado de questionamento de verdades com o objetivo de construção de novas verdades, mas sim de um questionamento das próprias ideias de verdade, de sentido e de significado. Algo muito parecido com o que Luhmann denomina de observação de segunda ordem<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Para uma ampla análise crítica da utilização da categoria do inimigo no direito penal e das incoerências específicas da proposta de Jakobs, interpretada, paradoxalmente, como uma tática de contenção dos avanços do próprio direito penal do inimigo em relação ao direito penal como um todo, cf. ZAFARONNI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<sup>23</sup> De acordo com Giovanna Borradori: “A desconstrução procura desmontar qualquer discurso que se apresente como “construção”. Levando em conta que a filosofia trata de idéias, crenças e valores construídos dentro de um esquema conceitual, o que se desconstrói é a maneira como eles se mantêm unidos em um determinado esquema. Longe de ser um método geral de procedimento analítico, a desconstrução é um tipo de intervenção altamente individualizado que busca desestabilizar as propriedades estruturais de cada construção particular” (BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 147-148). Para um exercício de desconstrução aplicado ao direito, cf. DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>24</sup> Sobre a relação entre desconstrução e observação de segunda ordem, cf. LUHMANN, Niklas. **Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 94-112.



De acordo com Luhmann, “há paradoxos em todo lugar sempre que procuramos por fundações”<sup>25</sup>. A fundação última, o fundamento originário, a referência inicial de toda observação é constituída por uma distinção que, apesar de guiar a observação, não permite observar (ou distinguir) a si mesma. Observar uma observação, isto é, efetuar uma observação de segunda ordem significa observar como outros observadores observam, observar como eles ocultam o paradoxo que está por trás da sua distinção-guia, da distinção que serve de fundamento para as suas próprias observações. Não se trata, contudo, de uma observação privilegiada, neutra ou mais rigorosa, mas apenas de uma outra observação<sup>26</sup>. Poder-se-ia dizer, uma outra observação que torna possível a desconstrução da construção construída pelo observador de primeira ordem, que permite que ele observe como artificial e contingente aquilo que antes observava como natural e necessário – na terminologia luhmanniana, que ele veja como ele não vê que não vê aquilo que ele não vê<sup>27</sup>.

O objetivo aqui é desconstruir as construções (ou observar as observações) que sustentam a teoria do direito penal do inimigo, conforme apresentada mais acima, especialmente os pares conceituais (ou distinções-guia) cidadão/inimigo, risco/segurança e regra/exceção. Antes dessa desconstrução propriamente dita, podemos começar com uma indagação: por que os indivíduos especialmente “perigosos” devem ser tratados como inimigos pelo direito penal?

Na perspectiva da teoria da sociedade de Luhmann, o direito cumpre uma função social específica. Ele torna possível lidar com o problema da frustração de uma expectativa de conduta. Frente a um comportamento não esperado dos outros, o direito apresenta uma alternativa à simples acomodação, disponibilizando um caminho por

---

<sup>25</sup> “There are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations” (LUHMANN, Niklas. *The third question: the creative use of paradox in law and legal history. Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, 1988. p. 154).

<sup>26</sup> “L’osservatore dell’osservatore non è un osservatore ‘migliore’: è solo un altro” (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Aldine Franco Angeli, 1994. p. 400).

<sup>27</sup> Sobre os conceitos de observação, distinção, paradoxo e observação de segunda ordem, cf. LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 79-152.

meio do qual as expectativas frustradas podem ser mantidas ainda que diante de constantes desapontamentos<sup>28</sup>.

O direito se especializa, portanto, na função de generalizar e estabilizar expectativas normativas de conduta em bases contrafáticas. O seu caráter contrafático se reflete na institucionalização de uma atitude de irresignação diante dos fatos. Com o direito, aprende-se, paradoxalmente, a não aprender, a não assimilar as decepções, a apelar para a possibilidade de manutenção (ou reparação) daquilo que era ou supostamente podia ser esperado e não se realizou<sup>29</sup>.

A norma representa, assim, uma expectativa contrafática que pode ser processada pela comunicação social. Uma expectativa constantemente sujeita a frustrações. O seu caráter normativo ou contrafático consiste no fato de que a frustração não necessariamente deve ser assimilada. A sanção, portanto, serve como um símbolo que comunica a vigência da norma, reforçando a possibilidade de manutenção da expectativa frustrada<sup>30</sup>.

Uma outra forma de processamento de frustrações, não necessariamente jurídica, consiste, todavia, não em sancionar o autor da frustração, mas em desqualificá-lo, em caracterizá-lo como estranho ou inimigo:

---

<sup>28</sup> De acordo com Luhmann: “o direito processa expectativas normativas que são capazes de se manter em situações de conflito. O direito não pode garantir, é claro, que essas expectativas não serão frustradas. Mas permite que elas possam ser mantidas, como expectativas, mesmo em caso de desapontamento, e que essa manutenção possa ser comunicada antecipadamente. De um ponto de vista sociológico, então, a normatividade não é nada mais do que estabilidade contrafática. Em outras palavras: ao processar expectativas, o direito nos alivia da demanda de termos que aprender com os desapontamentos e de, conseqüentemente, termos de nos ajustar a eles. Desse modo, ele ostenta a presunção de resolver os conflitos, ao mesmo tempo em que torna possível incrementá-los e resistir a eles, pois contém uma decisão preliminar, por mais incerta que ela possa parecer em um caso específico, sobre quem deve e quem não deve aprender com a frustração” (LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. **Northwestern Law Review**, v. 83, n. 1-2, 1989. p. 140, tradução livre do original em inglês).

<sup>29</sup> Para um maior detalhamento acerca da função do sistema jurídico, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 42-166.

<sup>30</sup> Sobre a relação entre sanção e processamento de frustrações, cf. *Ibid.*, p. 66-76.

O próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como um desvio confirma a norma. Isso por tratar-se aqui de uma modalidade de imputação da discrepância: não era a expectativa que estava errada, mas sim a ação que foi errada ou então incomum; não se trata de esclarecer um erro, mas de questionar um comportamento. [...] Um outro tipo de explicação aponta para as intenções malignas do ator, para seu “interior”, para a culpa. A caracterização como inimigo ou como estranho, ou seja, caracterizações de papéis, preenchem uma função semelhante. Variações modernas fornecem conceitos ou regras pseudocientíficos: o comportamento desapontador é atribuído ao “complexo de inferioridade do autor”, a frustrações em sua infância, à sua situação de classe, a forças circunstanciais, etc. [...] A valoração negativa da causa presumida do desapontamento é um sintoma de que a norma deve ser protegida contra críticas<sup>31</sup>.

A desqualificação generalizada do infrator da norma pressupõe, no entanto, uma espécie de identidade social estável, um consenso mínimo acerca de valores, normas e padrões de conduta que, em caso de violação, legitimam uma avaliação moral negativa acerca do comportamento desviante.

Na sociedade moderna, contudo, torna-se cada vez mais difícil, senão impossível, a obtenção desse nível mínimo de consenso, o que se reflete na própria diferenciação entre direito e moral<sup>32</sup>. Diante de uma

---

<sup>31</sup> Ibid., p. 68-70. Ainda de acordo com Luhmann: “Um outro tipo de processamento situa-se entre a não consideração e a sanção. Ele consiste em definir-se o ator desapontador como uma pessoa fora da norma, com a qual não existe uma comunhão ao nível da honra e do direito, que não precisa ser levado a sério, que pertence a outra casta ou classe, que não é passível de sanções, ou que por qualquer outra razão não possui significância simbólica. Aqui torna-se necessário apoiar-se em delimitações sociais firmemente institucionalizadas, ou então lançar mão de uma capacidade de expressão superior: presença de espírito, dignidade inabalável, ocupação ascética com coisas elevadas, ou algo semelhante” (Ibid., p. 75).

<sup>32</sup> De acordo com Luhmann: “a sociedade moderna cria uma situação na qual o código moral pode ser universalmente aplicado sempre que surge uma comunicação moral, não obstante os programas correspondentes não sejam mais objeto de um consenso

sociedade funcionalmente diferenciada, hipercomplexa, plural, multicultural, com um direito positivo extremamente contingente, plástico e variável, não é possível sustentar a existência de uma identidade social unitária, fundada, por exemplo, no compartilhamento de crenças religiosas comuns ou na vigência universal de um direito natural imutável.

As próprias características estruturais da modernidade impõem a coexistência não hierárquica de vários modelos de descrição da sociedade, de inúmeras formas de construção da identidade, de diversos referenciais para a formação de projetos de vida<sup>33</sup>.

Como caracterizar, portanto, como sugere Jakobs, a função do direito penal como a garantia da identidade normativa da sociedade? Em que consistiria essa suposta identidade normativa? Seriam as normas jurídico-penais capazes de configurar, ainda que de modo artificial, alguma espécie de identidade social unitária?

Não é preciso ir muito longe para encontrar uma resposta negativa. Há mais de um século, Émile Durkheim já era capaz de identificar uma certa tendência ao anacronismo típica do direito penal, ao menos nos seus moldes tradicionais<sup>34</sup>. Com o predomínio progressivo da solidariedade orgânica, fundada na divisão do trabalho social, sobre a solidariedade mecânica, que pressupõe o compartilhamento genérico de crenças e valores comuns, as normas penais, associadas à proteção de uma espécie de consciência coletiva e garantidas mediante a previsão de

---

(excluídos, naturalmente, os casos mais alarmantes, que não são, contudo, valiosos para uma reflexão ética e, de um ponto de vista prático, podem ser tratados de uma maneira mais efetiva pelo direito). O que atualmente aparece sob o rótulo ética (por exemplo, ética dos fundos bancários, ética médica, ética ambiental, ética empresarial) existe em decorrência da urgência dos problemas e do objetivo de apresentar as próprias opiniões de alguém de maneira mais efetiva a partir de um ângulo retórico e jornalístico – ainda mais quando o consenso não pode mais ser presumido” (LUHMANN, Niklas. *The code of moral*. *Cardozo Law Review*, v. 14, n. 3-4, 1993. p. 1008, tradução livre do original em inglês).

<sup>33</sup> Sobre o caráter policontextual e destranscendentalizado da sociedade moderna, cf. LUHMANN, Niklas. **Theories of distinction**: redescribing the descriptions of modernity. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 113-127.

<sup>34</sup> DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

sanções repressivas, seriam paulatinamente substituídas por normas institucionalizadas através de sanções restitutivas, como as do direito civil, comercial, administrativo, etc.

Mesmo sem contestar frontalmente o mitologema lombrosiano da anormalidade físico-psicológica do criminoso e considerando ainda que “o crime consiste num ato que ofende certos sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma nitidez particulares”<sup>35</sup>, Durkheim foi provavelmente um dos primeiros a reconhecer no crime não apenas um fenômeno social normal, mas também útil para a própria transformação das sociedades<sup>36</sup>.

Tendo em vista a variabilidade e a contingência do direito positivo da sociedade moderna<sup>37</sup>, a constatação dessa normalidade do crime torna-se algo quase banal. O crime, enquanto ato anti-jurídico qualificado penalmente, enquanto não-direito, não só pertence como também é um produto do próprio direito – isto é, da distinção entre direito e não-direito mantida e reproduzida pela comunicação social. Nesse sentido, ele constitui apenas o outro lado do outro lado de uma distinção:

O direito se funda em si e, através de suas operações, constrói uma realidade. A distinção introduzida é a distinção entre direito e crime. A distinção é construída de modo que seus dois lados se contrapõem como se fossem duas realidades distintas: de um lado, o direito, de outro, o crime. Desse modo, as duas realidades podem se observar distintamente:

---

<sup>35</sup> DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 83.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 82-90. Nas palavras de Durkheim: “A liberdade de pensamento de que gozamos hoje nunca poderia ter sido proclamada se as regras que a proibiam não tivessem sido violadas antes de serem solenemente abolidas. Todavia, naquele momento, essa violação era um crime, pois ofendia sentimentos ainda muito vivos na generalidade das consciências. Não obstante, tal crime era útil, pois preludia transformações que de dia para dia se tornavam mais necessárias. A livre filosofia teve como precursores os heréticos de toda a espécie que o braço secular justamente abrangeu durante toda a Idade Média e até à véspera da época contemporânea” (*Ibid.*, p. 87).

<sup>37</sup> Sobre o significado da positividade do direito moderno, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

uma primeira, depois a outra. A realidade originária (a unidade do paradoxo) desapareceu. Agora, o direito pode adiar sua origem, pode se inventar continuamente. Também o crime, que é o outro lado do outro lado da distinção, pode esquecer sua origem e sempre se reinventar, se atualizar<sup>38</sup>.

O ato de desobediência, a infração à norma, a frustração de uma expectativa juridicamente generalizada torna evidente a existência de expectativas divergentes na sociedade, de outros projetos de vida, de modelos diversos de construção da identidade. O próprio ato de transgressão, em si, pode ser considerado uma questão de liberdade, pois constitui uma opção do indivíduo de agir contrariamente às normas que se supõem generalizadas pelo direito<sup>39</sup>. Nas palavras de Luhmann: “O

---

<sup>38</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 120-121. Ainda de acordo com De Giorgi: “Assim, sobre a base da observação de um ou de outro lado, podem-se construir teorias do direito e teorias do crime, descrições sociológicas do direito e do crime. Pode-se observar o incremento ou a redução dos crimes e atribuí-los, de modo causal, a fatores externos. Podem-se construir relações recíprocas, um lado da distinção pode se referir ao outro e, também, pode conferir ao direito um efeito ou uma função de intimidação em relação ao crime e, a este, um efeito estabilizante do direito. Pode-se justificar, assim, tanto a pena de morte – uma macabra incivilidade –, como sua abolição; pode-se inventar o *zero tolerance*, ou mesmo, como na Itália, pode-se encher os cárceres de extracomunitários; podem-se inventar princípios constitucionais do justo processo ou justificar o inferno processual de Guantánamo” (Ibid., p. 121).

<sup>39</sup> De acordo com Ana Paula Torres: “o significado social da desobediência consiste na evidência de que existem expectativas contrárias às generalizadas e que o direito positivado poderá ser alterado, ou seja, poderá incorporar no futuro outros modos de ser e de pensar, permitindo assim que as diversas identidades presentes nas sociedades atuais possam coexistir e influir na comunicação social. A existência de comportamentos divergentes, ao lado desse indício de uma eventual mudança social, pode ser vista como uma questão de opção individual, já que, na medida em que o sistema jurídico realiza a distinção direito/não-direito, abre-se a possibilidade de escolha entre um dos dois lados da distinção. Essa é uma questão de liberdade, que para a teoria dos sistemas está relacionada com o conhecimento. Já que o que caracteriza a sociedade é a comunicação, o conhecimento das alternativas é o pressuposto da liberdade” (TORRES, Ana Paula Repolês. **A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de maio de 2013. p. 18).

paraíso era um lugar propício para se fazer uma experiência deste tipo, e o mundo deve à coragem de uma mulher as conseqüências da violação da norma: capacidade de operar distinção e liberdade. O conhecimento da proibição foi suficiente”<sup>40</sup>.

O direito penal não possui, portanto, a função de manter a identidade normativa da sociedade, supostamente contestada pelo “projeto de mundo” do criminoso<sup>41</sup>. Em uma sociedade diferenciada, plural e complexa, uma tal identidade só pode ser gerada de forma ilusória e para fins autoritários. Deve-se, então, pressupor a existência de uma camada social privilegiada capaz de refletir as normas e valores comuns que sustentam a identidade da sociedade como um todo: os “notáveis”, os “homens de bem”, os “cidadãos fiéis ao direito” e outras atrocidades do gênero.

A banalização do direito penal – isto é, a sua utilização para a proteção de bens e interesses em relação aos quais a criminalização de condutas não apresenta uma eficácia significativa, como, por exemplo, no caso do meio-ambiente – torna, inclusive, irrisória qualquer pressuposição de uma identidade social única, ainda que fixada de modo normativo. Não é raro que diversas modalidades de conduta tipificadas penalmente atraiam menos atenção da opinião pública e recebam uma cobertura bem menos significativa da mídia do que outros atos classificados como ilícitos apenas nas esferas civil e administrativa.

O crime não deve, então, ser considerado um ato de transgressão à identidade da sociedade, pois tal identidade – da forma como proposta, por exemplo, por Jakobs – simplesmente não existe. Ele consiste, isso sim, em uma conduta à qual é imputada a frustração de uma expectativa

---

<sup>40</sup> Apud TORRES, Ana Paula Repolês. **A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de maio de 2013. p. 18.

<sup>41</sup> De acordo com De Giorgi: “A realidade que o direito penal constrói é a realidade da auto-referência interna do sistema penal. Ela não tem equivalente na realidade da comunicação social. O direito penal não controla a realidade da comunicação social. A comunicação se produz da forma como ela se produz. O direito penal só é capaz de se controlar: ele não tem a função de estabilizar uma ordem social qualquer. Ao contrário, ele pressupõe uma ordem social, um certo grau de paz social que serve de cenário para a difusão do poder que ele torna visível” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 130).

normativa, não diferindo, portanto, nesse aspecto, de um mero delito civil, como o não cumprimento de um contrato ou a inadimplência de uma dívida, a não ser, é claro, pela previsão de uma sanção geralmente muito mais gravosa – por vezes até macabra, como no caso da pena de morte.

No entanto, o direito, isso deve ficar claro, não constitui um conjunto de normas que existem por si só. A norma, enquanto expectativa, enquanto projeção normativa voltada para o futuro, é o produto da comunicação social. Não existe, portanto, “a” norma ou “a” expectativa normativa supostamente protegida pelo sistema jurídico, seja ela de natureza civil ou penal. O que existem são projeções normativas produzidas e reproduzidas pela comunicação social, objeto constante de disputas e de conflitos. De modo que “é perfeitamente normal que projeções normativas conflitem umas com as outras, e que a norma de um torne-se o desapontamento do outro”<sup>42</sup>.

O direito moderno não pressupõe qualquer estabilidade, qualquer ordem ou qualquer espécie de consenso de fundo para a sua manutenção. São justamente as instabilidades, os conflitos e as divergências inerentes a toda forma de convivência social que tornam necessária a formação de um sistema especializado no processamento contrafático das expectativas de conduta<sup>43</sup>.

Retornado à pergunta formulada acima, se o crime constitui um fenômeno social normal, por que, então, os criminosos especialmente “perigosos” devem ser tratados como inimigos pelo direito penal? Como caracterizar essa “periculosidade”? Como aferir as “garantias cognitivas

---

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77.

<sup>43</sup> Mesmo a idéia de função não possui qualquer aspecto normativo, ao menos no contexto da teoria luhmanniana. Trata-se apenas de uma referência comparativa que permite a construção ordenada de observações sobre um determinado sistema social – no caso, o direito: “[...] o conceito de função tampouco vai acompanhado de qualquer sentido normativo ou teleológico. Se trata unicamente de um ponto que, ao estabelecer limites, torna possível a comparação e que, visto desde o ponto de vista do sistema da sociedade, constitui um problema cuja solução é premissa para a evolução de mais altos graus de complexidade” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 87, tradução livre do original em espanhol).



mínimas” de um comportamento “fiel ao direito” e não “excessivamente desviado”?

Essa pressuposição de um indivíduo perigoso que deve ser tratado como inimigo, e não como cidadão, remonta a uma distinção bastante comum na criminologia clássica e em todo o saber clínico que influenciou o surgimento das ciências humanas, aquela entre normal e anormal (ou normal e patológico)<sup>44</sup>. Mais ainda, ela remete à lógica beligerante da distinção amigo/inimigo – no caso, cidadão/inimigo –, muito utilizada pelos regimes totalitários do século XX para justificar a adoção de medidas de exceção contra pessoas identificadas como inimigas do Estado.

Não oferece garantias de um “comportamento pessoal”, segundo Jakobs, aquele que, por princípio, se conduz de modo “desviado”, ou seja, fora do comum, anormal. Ele não deve, portanto, ser tratado como cidadão, mas sim combatido como inimigo, pois representa um risco à segurança da sociedade.

Na retórica oficial desse tipo de discurso penal, todas essas distinções – normal/anormal, cidadão/inimigo, risco/segurança – parecem portar um significado imanente, uma espécie de sentido auto-evidente, como se fosse óbvio que existem – e que podem, inclusive, ser identificados – indivíduos cujo comportamento fora do comum representa um risco à população, risco esse que justifica um tratamento bélico excepcional, o tratamento como inimigo.

Essa obviedade inquestionada fundamenta, assim, uma associação direta e imediata entre todos esses pares conceituais. De um lado: normal, segurança, cidadão, no qual vale a regra, o Estado de Direito. Do outro lado: anormal, risco, inimigo, onde prevalecem a exceção, as medidas excepcionais, a pura violência “preventiva”.

Todavia, não há nada de óbvio nessas distinções. A suposta auto-evidência é apenas um índice da sua obscuridade, do seu caráter dogmático e pré-crítico. A anormalidade que justifica a exceção não tem como referência necessária a norma jurídica, a regra de direito, mas sim uma outra espécie de norma ou padrão. Uma idéia de norma ou de

---

<sup>44</sup> Sobre a construção social dos indivíduos “anormais”, cf. FOULCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

normalidade muito mais difusa e obscura, bastante sujeita, portanto, a uma manipulação autoritária e arbitrária por parte daqueles que exercem, em concreto, o poder de decidir entre normal e anormal<sup>45</sup>.

A própria caracterização dos inimigos como indivíduos perigosos está baseada em um falso dilema entre risco e segurança. A teoria sociológica contemporânea tem ressaltado cada vez mais que o risco é uma categoria inerente à sociedade moderna, um resultado da secularização da semântica social e da dissolução das cosmovisões unificadas de mundo<sup>46</sup>. Na modernidade, a ausência de referenciais externos sólidos capazes de orientar a ação humana torna inevitável a assimilação da contingência constantemente produzida pela comunicação social e o tratamento dos riscos correspondentes. Nesse sentido, a alternativa ao risco não pode ser identificada com o ideal ilusório de segurança, que serve apenas para incrementar, paradoxalmente, o próprio risco:

[...] a alternativa ao risco não é a segurança. A idéia de segurança nega a contingência. [...] Aquela idéia, todavia, deriva sua segurança do exterior, de estabilidades artificiais como a natureza dos homens, da racionalidade das relações entre meios e fins, de

---

<sup>45</sup> Nas palavras de Derrida: “quanto mais confuso o conceito, mais ele se presta a uma apropriação oportunista” (apud BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 113).

<sup>46</sup> De acordo com Ulrich Beck: “o conceito de risco é moderno. Sua própria história já indica que ele não existia em épocas mais remotas, nas quais os homens se viam à mercê de catástrofes naturais ou da intervenção dos deuses. Os riscos estão ligados às decisões humanas, quer dizer, ao processo civilizacional, à modernização progressiva. Isso significa que a natureza e a tradição, longe de ter um poder inquestionável sobre os homens, passam a depender de ações e das decisões humanas. Dito em termos extremados, o conceito de risco assinala o fim da natureza e o fim da tradição. Ou, em outras palavras, fala-se em risco ali onde a natureza e a tradição perderam sua validade ilimitada e se tornaram dependentes de decisões” (BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003. p. 114). Sobre a relação entre sociedade moderna, diferenciação funcional e risco, cf. LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005; e DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

qualquer ontologia ou de observações relativas ao passado. Em relação ao futuro, entretanto, todo este material não pode dizer nada. Aquilo que podemos saber da experiência é que o incremento das medidas de segurança produz o incremento do risco, sem que se saiba qual risco. Uma afirmação que não requer nenhuma prova: basta observar o que surgiu nos dois últimos anos como consequência das políticas de segurança ativadas em algumas áreas do globo terrestre ou, então, basta pensar nas consequências que se conectam às medidas de segurança ativadas pelo direito penal dos Estados nacionais<sup>47</sup>.

Em relação ao direito penal do inimigo, esse paradoxo da segurança é bastante evidente. Para prevenir a sociedade dos riscos representados pelos indivíduos “perigosos”, é necessário, em primeiro lugar, identificá-los. Em outras palavras, alguém deve exercer concretamente o poder de distinguir entre cidadão e inimigo. Obviamente, a referência aqui é à polícia, às forças armadas, aos agentes estatais que detêm o poder de coerção, pois “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”<sup>48</sup>. E como quem exerce o poder certamente não está

---

<sup>47</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 233. Ainda de acordo com De Giorgi: “se nos liberamos do fascínio ilusório e ameaçador da idéia de segurança e, como alternativa ao risco inerente às decisões do sistema, consideramos perigo a possibilidade de verificação de um dano no futuro que uma outra decisão não poderia evitar, poderemos observar, então, que, na sociedade moderna, se produz redução do perigo e incremento do risco. O saber que provinha da religião, da cosmologia e da verdade mágica é substituído, na sociedade moderna, pelo não saber sobre o futuro, pela oportunidade de agir para evitar a inevitabilidade de aceitar o futuro que vier e se arrepender, no futuro, por não ter feito alguma coisa ou por ter feito algo determinado” (Ibid., p. 233-234). Para uma análise das características “auto-imunitárias” das políticas de segurança norte-americanas e sua relação com os atentados de 11 de setembro de 2001, cf. a entrevista com Jacques Derrida em BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 95-145.

<sup>48</sup> ZAFARONNI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.

acima da própria distinção cidadão/inimigo, nada impede, portanto, que a distinção, por assim dizer, “re-entre” nela mesma, o que faz surgir um outro risco: o de que aquele que, em nome da segurança dos cidadãos, combate o inimigo se transforme, ele mesmo, no inimigo “número um” dos cidadãos.

A segurança, como não poderia deixar de ser, também tem o seu preço, ou melhor, o seu risco. Conforme observa Zaffaroni: “a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda a sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade”<sup>49</sup>. A polícia, enquanto símbolo do monopólio estatal da violência, passaria, assim, a agir com poderes ainda mais amplos de discricionariedade<sup>50</sup>. Ao invés da distinção entre cidadão e inimigo, seria mais correto, então, falar de uma distinção entre inimigo e suspeito, operacionalizada, em concreto, pelas instâncias formais de coerção.

A admissão de um direito penal do inimigo implica a institucionalização permanente de um estado de exceção seletivo, a possibilidade de suspensão de direitos e garantias constitucionalmente previstos sempre que as necessidades de segurança assim o exigirem. O resultado só pode consistir em um aumento da exclusão que já é cotidianamente produzida pelo sistema penal.

Essa exclusão, que, na prática, já constitui a regra, generaliza-se, assim, de um modo exponencial. Quem são os “inimigos” da sociedade senão aqueles que constituem o alvo preferido das políticas de segurança? Se, nos contextos norte-americano e europeu dos últimos anos, o alvo tem sido cada vez mais identificado com o estrangeiro, com os extra-comunitários, com a população de origem árabe, no Brasil, não é

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 20.

<sup>50</sup> A polícia é, segundo Benjamin, uma instituição que reúne em si mesma tanto a violência que funda o direito como a violência que o conserva. Cf. BENJAMIN, Walter. Critique of violence. In: \_\_\_\_\_. **Walter Benjamin**. Selected writings - v. 1. Cambridge, MA and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996. p. 242-243. Para Derrida, ela está presente, como um “fantasma”, em todas as democracias modernas, simbolizando o poder do Estado, a “força de lei”: “a polícia já não se contenta, hoje, em aplicar a lei pela força (*enforce*) e, portanto, em conservá-la; ela a inventa, ela publica decretos, ela intervém cada vez que a situação jurídica não é suficientemente clara para garantir a segurança” (DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 99).

muito difícil imaginar qual será o foco de toda essa “inimizade”: negros, pobres, minorias em geral. Nas palavras de De Giorgi:

Sustenta-se um direito penal do suspeito, constrói-se exclusão, enquanto a exclusão que o sistema político não consegue gerir é confinada à seletividade da intervenção penal. Na Europa, os cárceres são refúgios seguros para os extracomunitários. [...] O direito penal constrói, assim, uma realidade da exclusão. [...] De fato, este direito penal se especializa na produção de não-pessoas. Seu tratamento preventivo do outro é, na verdade, uma construção da exclusão do outro, uma construção jurídica do aniquilamento das possibilidades do agir, uma autocontradição da modernidade da sociedade moderna, que usa o direito para manter aberto um futuro incerto ao qual não se pode vincular<sup>51</sup>.

Trata-se aqui de um paradoxo típico do sistema jurídico moderno. O direito positivo, que já não pode se ancorar em referências externas – tais como a natureza das coisas, a natureza divina, a natureza humana racional –, deve encontrar em si mesmo a sua própria fundação. Essa fundação é constituída pela unidade de uma distinção, a distinção entre direito e não-direito, que se sustenta na legitimidade política normalmente atribuída às constituições modernas<sup>52</sup>. Uma distinção que, como todas as outras, está fundada em um ponto cego, um paradoxo constitutivo da própria distinção: o direito deve distinguir entre direito e

---

<sup>51</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 133.

<sup>52</sup> Sobre o papel da constituição no relacionamento entre direito e política, cf. LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREPELSKY, Gustavo; PORTINARO Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996; e CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 4, n. 8, 2002.

não-direito, embora não possa afirmar se é direito ou não-direito o próprio ato de distinguir entre direito e não-direito<sup>53</sup>.

Em relação à exceção, o paradoxo adquire contornos peculiares. O direito passa a se outorgar o direito de suspender a si mesmo, de suspender a constituição, uma espécie de direito à auto-suspensão que o Estado reivindica para combater seus inimigos, isto é, aqueles a quem o direito não confere o direito de ter direitos. O não-direito é, então, re-introduzido no direito, a norma é invadida pela exceção, o que faz com que o direito possa ser observado, nesse caso, como a própria unidade da distinção entre regra e exceção<sup>54</sup>.

O direito penal do inimigo, enquanto proposta de institucionalização da exceção, pode ser observado como uma tentativa de utilização “criativa” (ou “destrutiva”) desse paradoxo. Uma tentativa que, longe de prevenir riscos e aumentar a segurança dos cidadãos, apenas reforça a seletividade e a exclusão produzidas cotidianamente pela sociedade mundial, legitimando, dessa forma, toda a “barbárie moderna”<sup>55</sup>.

## Considerações finais

---

<sup>53</sup> Sobre os paradoxos do sistema jurídico, cf. LUHMANN, Niklas. The third question: the creative use of paradox in law and legal history. **Journal of Law and Society**, v. 15, n. 2, 1988.

<sup>54</sup> Sobre a relação complementar entre norma e exceção inerente ao direito moderno, cf. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2002; e AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>55</sup> De acordo com De Giorgi: “a exclusão é produzida pelo normal funcionamento dos sistemas. Ela é um correlato da diferenciação funcional, mas é, todavia, incompatível com esta forma de diferenciação. Como reflexo da inclusão universal, o normal funcionamento dos sistemas sociais produz exclusão. O direito penal, através de uma intervenção preventiva, segrega, na exclusão, aquele excedente que, na percepção do futuro por parte da política, constituiria um risco para a produção de exclusão deste normal funcionamento. O direito penal contribui, assim, para a estabilização de um metacódigo, de uma metadistinção que atravessa os sistemas sociais diferenciados. Trata-se do metacódigo inclusão/exclusão, que ativa a barbárie tipicamente moderna da sociedade mundial” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 133-134).

Por que a sociedade moderna tem necessidade de um inimigo para construir a sua identidade, de um outro supostamente ameaçador, de uma espécie de “bode expiatório”? A resposta que se procurou construir ao longo deste artigo indica que essa categoria serve para justificar um estado de exceção permanente, uma suspensão seletiva da ordem jurídica, uma reprodução contínua dos seus mecanismos de poder e exclusão.

O que está por trás da distinção cidadão/inimigo é uma lógica beligerante e altamente excludente, que busca se legitimar por meio de um apelo covarde ao medo e à insegurança dos cidadãos, sentimentos manipulados de maneira oportunista com o auxílio do falso dilema entre risco e segurança.

A sociedade moderna, contudo, desenvolveu historicamente “antídotos” contra essa forma específica de barbárie – reforçados, em grande parte, devido aos horrores vivenciados durante os governos totalitários do século passado. Eles consistem na luta pela afirmação dos direitos humanos, da cidadania universal e do cosmopolitismo que constituem a base do constitucionalismo moderno. São conquistas históricas que não devem ser ignoradas, pois permitem desconstruir a própria lógica do amigo/inimigo que alimenta os regimes de exceção.

O ideal constitucional de liberdade e igualdade para todos, da inclusão universal de toda a população, certamente não impede, por si só, os maiores abusos e manipulações. A história dos últimos duzentos anos é permeada de exemplos negativos, de tentativas bem sucedidas, por assim dizer, de institucionalização da “inimizade”. Esse ideal é o que sustenta, todavia, a verdadeira “personalização contrafática” em uma sociedade plural, complexa, heterogênea e extremamente desigual e excludente, a reivindicação de sermos todos tratados como livres e iguais, merecedores, portanto, das mesmas garantias e direitos fundamentais. “Personalização” que não deve, então, em hipótese alguma, estar sujeita a exceções, ao “aprendizado cognitivo” da realidade do poder, da exclusão e da violência.

Fabricar inimigos constitui uma tarefa relativamente fácil em uma sociedade que se reproduz com base na exclusão. Essa facilidade representa certamente um risco, contra o qual não existem, entretanto, medidas pré-fabricadas de prevenção. O direito penal, mais do que

qualquer outro, deve assumir esse risco. Deve procurar desenvolver constantemente instrumentos internos de auto-reflexão, crítica e renovação. Deve evitar as estratégias simplistas, quase sempre mal intencionadas, de exorcizar o risco em nome de uma demanda ilusória por segurança. Caso contrário, ao invés de combater perigos e proteger a população, o direito penal é que se torna, inevitavelmente, o verdadeiro inimigo do cidadão.

### Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito**. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. São Paulo: UNESP, 2003.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de História. In: \_\_\_\_\_. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas - v. I. São Paulo: Brasiliense, 1994.

\_\_\_\_\_. Critique of violence. In: \_\_\_\_\_. **Walter Benjamin**. Selected writings - v. 1. Cambridge, MA and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 4, n. 8, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.



\_\_\_\_\_. **Direito, tempo e memória.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DYMETMAN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. **Lua Nova:** Revista de Cultura e Política, n. 53, 2001.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

FOULCAULT, Michel. **Os anormais.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GINZBURG, Carlo (2001). Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância. In: \_\_\_\_\_. **Olhos de madeira:** nove reflexões sobre a distância. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um directo penal funcional. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. Imputation in criminal law and the conditions for norm validity. **Buffalo Criminal Law Review**, v. 7, n. 2, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. The third question: the creative use of paradox in law and legal history. **Journal of Law and Society**, v. 15, n. 2, 1988.

\_\_\_\_\_. Law as a social system. **Northwestern Law Review**, v. 83, n. 1-2, 1989.

\_\_\_\_\_. The code of moral. *Cardozo Law Review*, v. 14, n. 3-4, 1993.

\_\_\_\_\_. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREPELSKY, Gustavo; PORTINARO Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. **Theories of distinction**: redescribing the descriptions of modernity. Stanford: Stanford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Aldine Franco Angeli, 1994.

MORIN, Edgar. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **The concept of the political**. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

TORRES, Ana Paula Repolês. **A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

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