XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

TULIO LIMA VIANNA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marilia Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-080-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação que apresentamos a coletânea de artigos discutidos no Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", realizado durante o XXIV Congresso do CONPEDI, em Belo Horizonte.

Depois de dois anos de início de nossos trabalhos, podemos dizer que as discussões criminológicas têm ganhado cada vez mais espaço. Discutir as relações do crime com as liberdades, especialmente no que diz respeito às interdições realizadas pelo sistema penal, é agenda fundamental em uma sociedade cada vez mais marcada por controles.

Temos aqui um conjunto heterogêneo, mas bastante significativo, da produção criminológica nacional. Desde artigos vinculados às rearticulações dos realismo de esquerda com a segurança pública até aproximações com as perspectivas radicais/libertárias.

Em um espaço de discussão privilegiado e democrático, como é o CONPEDI, cremos ser fundamental o aprofundamento e a continuidade dessas discussões. Não seria possível alcançar esse objetivo sem a colaboração do Professor Nestor Eduardo Araruna Santiago e, especialmente, na edição ora apresentada, do Professor Álvaro Oxley da Rocha que, com maestria, auxiliou na coordenação dos trabalhos.

É com esse espírito efetivamente democrático, marcado pela solidariedade e pela seriedade acadêmica, que seguiremos em frente. Desejamos a todos ótima leitura.

Gustavo Noronha de Ávila

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Túlio Vianna

BREVE CRÍTICA AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL: UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA POLÍTICA

BREVE CRÍTICA AL SISTEMA PROCESAL PENAL: UNA ABORDAJE BAJO LA PERSPECTIVA POLÍTICA

Marcelo Almeida Sant Anna

Resumo

O sistema processual penal pode ser criticado de diversas formas, contudo, tendo em vista sua complexidade, não se pode ignorar a teoria política. Diante disso, discute-se na atualidade a permanência de fenômenos típicos de um estado de exceção, mas sobrepostos à ordem constitucional. Tais manifestações ganham relevo quando se enfrenta as características do campo penal, especialmente, seu caráter seletivo e sua estrutural disposição de estabelecer inimigos. O processo penal, dessa forma, constitui um instrumento de eficácia das garantias constitucionais, muito embora o Código de Processo Penal não guarde estreita simetria ao texto constitucional. Assim, é necessário construir propostas que ampliem a eficácia das garantias constitucionais, mas que levem em conta os espaços anômicos existentes no sistema, os quais permitem a manifestação de mecanismos de exceção.

Palavras-chave: Processo penal, Estado de exceção, Complexidade

Abstract/Resumen/Résumé

El sistema procesal penal puede ser criticado de diversas formas, sin embargo, teniendo en cuenta su complexidad, no se puede ignorar la teoría política. Ante esto, se discute en la actualidad la permanencia de fenómenos típicos de un estado de excepción, pero sobrepuestos a la orden constitucional. Tales manifestaciones ganan relieve cuando se enfrentan las características del campo penal, especialmente, su carácter selectivo y suya estructural disposición de establecer enemigos. El proceso penal, de esta forma, constituye un instrumento de eficacia de las garantías constitucionales, aunque el Código de Proceso Penal no guarde estrecha simetría al texto constitucional. Así, es necesario construir propuestas que amplíen la eficacia de las garantías constitucionales, pero que lleven en cuenta los espacios anómicos existentes en el sistema, los cuales permiten la manifestación de mecanismos de excepción.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Proceso penal, Estado de excepción, Complexidad

1. Introdução

A análise completa de um sistema processual envolve pesquisas de grande profundidade, esse esforço científico, além de permitir resultados consistentes, deve transitar por diferentes áreas do saber, assim, diagnóstico e crítica sustentam-se através da interdisciplinaridade. Certamente, haverá quem discorde de tal abordagem, na medida em que o olhar complexo[1] amplia o objeto de estudo, quebrando – em parte – a racionalidade moderna, não obstante, esse artigo busca evitar o *paradigma da simplificação*[2], mesmo que isso implique em críticas metodológicas.

Por outro lado, não se propõe unicamente a análise crítica do sistema processual, a análise se insere como etapa indispensável para a construção de novos textos e tem como propósito desencadear a reflexão[3]. Assim, este artigo traça uma breve crítica ao sistema processual penal, mas não se qualifica como uma completa desconstrução, pois essa somente seria possível em abordagens mais amplas, contudo, vale como pedra fundamental de pesquisas que estão em andamento e outras que ainda não iniciaram.

Então, considerando que o direito penal exige inimigos[4], a primeira questão situa-se na esfera da política[5], justamente porque é a primeira trincheira de contenção do poder. Assim, ao se verificar a aplicação do poder ao caso concreto – em certos momentos - observa-se uma manifestação própria da política, ainda que compartimentada por formas jurídicas; mas não só isso, dada a complexidade da atual sociedade, em determinadas situações é possível identificar rupturas autoritárias, típicas de momentos de exceção[6]. Com efeito, tal diagnóstico é essencial quando se busca avaliar a eficácia dos direitos fundamentais em determinado sistema jurídico.

2. As "fendas" que permitem a anomia

---

[1] Segundo MORIN: "a consciência da multidimensionalidade nos conduz à idéia de que toda visão unidimensional, toda visão especializada, parcelada é pobre. É preciso que ela seja ligada a outras dimensões; daí a crença de que se pode identificar a complexidade com a completude." (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 69). Ainda, MORIN, Edgar. *Método 1: a natureza da natureza.* Tradução Ilana Heineberg. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

[2] MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 11.

[3] Destaca-se que o presente artigo constitui parte da pesquisa de doutorado realizada no Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS, sem – com isso – confundir-se completamente com a tese.

[4] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. *O Inimigo no Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 35-39.

[5] O termo *política* – nesse ponto – além de expressar o poder do Estado, também reflete a construção teórica de SCHMITT (SCHMITT, Carl. Tradução de Álvaro L. M. Valls. *O Conceito do Político.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992).

[6] Paradoxalmente incompatíveis com os regimes democráticos.

As atuais democracias experimentam um intenso paradoxo. Nascidas com o propósito de limitar o autoritarismo do Estado, preservando os direitos fundamentais e pressupondo - utopicamente - o equilíbrio no exercício do poder, os regimes democráticos deveriam assegurar uma ordem jurídica que fosse capaz de compartimentar esse poder. No entanto, os fatos revelados por estudos criminológicos, por exemplo, demonstram algo diferente.

Ao se analisar o discurso de boa parte da doutrina constitucionalista, verifica-se a afirmação desses regimes democráticos[7]. Nesse sentido, tais estudos tratam do estado de exceção como algo dissociado da *normalidade*; tratam a exceção como um instituto em separado, cujos efeitos não se verificam no presente[8]. Dessa forma, através da leitura desses discursos, seria possível afirmar que as atuais democracias não são regimes de exceção, uma vez que as instituições de Estado estão em funcionamento e observam suas atribuições constitucionais, bem como – ao menos no plano ideal – os direitos fundamentais possuem eficácia.

Por outro lado, existem teóricos que estabelecem seus discursos a partir da teoria política. Rompendo com a lógica do direito tradicional, tais perspectivas colocam o estado de exceção no coração dos regimes democráticos, operando como elemento indistinto e sobreposto à ordem jurídica[9].

A divergência entre essas perspectivas se explica, também, pela abordagem metodológica. A perspectiva tradicional do direito trata essas questões fracionando o objeto

---

[7] Nota-se que o posicionamento dessa perspectiva envolve aspectos diferentes, mas essencialmente semelhantes no que se refere a permanência de um estado de exceção, nesse sentido e apenas exemplificando: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999. p. 90 e MENDES, Gilmar Ferreira [et. al]. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148. Ainda "Os instrumentos incumbidos de restaurar a normalidade institucional são o estado de defesa e o estado de sítio (...). Apenas sérios motivos justificam o uso deles, que se revestem de notória *excepcionalidade.* Os agentes públicos que porventura os invocarem, à míngua de seus pressupostos materiais e formais de admissão, sujeitam-se à responsabilidade penal, civil e política. Isso porque a não-observância dessa advertência gera a *morte da democracia*. Adotá-las, ao arrepio da constituição, ou em tempos de normalidade e paz institucionais, constitui verdadeiro *golpe de Estado.* (BULOS Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1177)".

[8] CANOTILHO, ao comentar a constituição portuguesa de 1976, aborda o tema da seguinte forma: "Em relação ao estado de guerra, o **estado de emergência** é uma espécie de pré-estádio, parcialmente coincidente com o estado de prevenção, e que não sendo susceptível de previsão normativa, aponta fundamentalmente para a ideia de uma situação de crise que sendo já uma *ameaça* não constituiu ainda perigo iminente (oque justificaria a declaração do estado de guerra). Em qualquer das hipóteses, os órgãos constitucionais competentes podem <<decidir>>, declarando o estado de sítio ou estado de emergência, conforme lhes afigure necessário à prossecução da defesa nacional (cfr. LDFA nº 29/82, de 11 de Dezembro – Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas -, art. 5.º). É evidente que o princípio da proibição do excesso apontará para o recurso à declaração do estado de emergência se este for suficiente para restabelecer a normalidade constitucional (CRP, art. 19.º/4, e L 44/86, de 30/9, arts. 3.º, 8.º/1, 9.º/1) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1101)".

[9] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: *O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 44.

de estudo e ignorando a complexidade existente nos diversos casos de violação aos direitos fundamentais. Essas violações, segundo a doutrina tradicional, se explicariam como desvios ou rupturas individuais da norma jurídica, as quais devem ser respondidas dentro da lógica jurídica de controle; ignora-se, com efeito, a dinâmica das instituições de Estado e sua articulação com a exceção. Contudo, as realidades existentes no campo penal[10] denunciam àqueles que desejarem visualizar a intensidade do problema, ou melhor, do objeto. Assim, o direito individualmente será insuficiente para responder a essas dimensões, todavia, sua

[10] Pierre Bourdieu apresenta um conceito interessante de *campo*, muito embora não tenha escrito especificamente para o direito processual penal, suas ideias permitem perspectivas úteis na construção de um conhecimento complexo. Certamente não se ignora que se trata de um autor com determinadas posições teóricas, as quais podem ser questionadas na atualidade - apenas para citar um exemplo, veja-se a concepção de "classe dominante e classe dominada" (BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989. p. 166-167) – contudo, a ideia de que o *campo* constitui um microuniverso social com regras específicas aplica-se ao o sistema processual penal. Aliás, tal iniciativa não é nova, Löic Wacquant resume bem o conceito de *campo* proposto por BOURDIEU: "But in advanced societies, people do not face na undifferentiated social space. The various sphares of life, art, science, religion, the economy, the law, politics and so on, tend to form distinct microcoms endowed with their own rules, regularities and forms of authority – what Bourdieu calls fields. A field is, in the first instance, a structured space of positions, a *force field* that imposes its specific determinations upon all those who enter it. Thus she who wants to succeed as an scientist has no choice but to acquire the minimal scientific capital required and to abide by the mores an regulations enforced by the scientific milieu of that time and place. In the second instance, a field is an arena of struggle through which agents and institutions seek to preserve or overturn the existing distribution of capital (manifested, in the scientific field, by the ranking of institutions, disciplines, theories, methods, topics, journals, prizes and so on): it is a *battlefield* wherein the bases of identity and hierarchy are endlessly disputed" (WACQUANT, Löic. *Pierre Bourdieu.* In STONES, Rob. (org.) *Key Sociological Thinkers.* 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 268). Ainda, explica o autor a origem do conceito: "The concep of field (*champ*) was coined by Bourdieu in the mild-1960s for purposes of empirical inquiry into the historical genesis and transformation of the worlds of art and literature. It was later extensively modified and elaboreted, by Bourdieu an his associates, in the curse of studies of intellectual, philosophical, scientific, religious, academic, poetic, publishing, political, juridical, economical, sporting, bureaucratic and journalistic fields" (WACQUANT, Löic. *Pierre Bourdieu.* In STONES, Rob. (org.) *Key Sociological Thinkers.* 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 413). A criminologia, da mesma forma, tem trabalhado com a ideia de campo, analisando os efeitos das diversas interferências: "Meu argumento, pois, é construído em termos de um estruturalismo tênue, que não reclama nada além da óbvia verdade de que a introdução de novas racionalidades, práticas e propósitos num campo já existente terá conseqüências na operação e no significado dos elementos existentes naquele domínio. São essas qualidades *estruturais* ou *modeladoras* do campo – suas regras discursivas, suas lógicas de ação, as restrições sistemáticas sobre aquilo que pode ser afirmado ou não – que consubstanciarão meu objeto principal de estudo. As mudanças descritas acima estimularam muitos comentários e análises. Todos concordam em que o campo está mudando, e de modo fundamental. Surpreendentemente, contudo, há pouco consenso acerca da característica precisa desta transformação, ou acerca das causas que estão a engendrá-la. Acadêmicos chamam nossa atenção para desdobramentos particulares (a guinada em direção à sociedade da lei e ordem, o ocaso da reabilitação, a mudança para a correção comunitária, a nova penalogia, a bifurcação da política criminal, gerencialismo e populismo punitivo) e oferecem o arcabouço teórico de suas análises (crise econômica e social; pós-modernismo, governabilidade, sociedade de risco, modernidade tardia). Mas nenhuma destas teorias oferece uma análise da reconfiguração geral do campo, nem provêem, em minha opinião, um relato compreensível e convincente das forças sociais e históricas que o criaram. O campo de controle do crime e da justiça criminal é um domínio relativamente diferente, com suas dinâmicas, normas e expectativas próprias, em função das quais os agentes do sistema penal orientam sua conduta." (GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 72-73). Assim, tendo em vista que essa pesquisa propõe inicialmente uma abordagem crítica o sistema processual, é importante compreender a dimensão do campo penal, na medida em que o sistema apresenta patologias, de modo que toda e qualquer proposta que modifique o sistema irá repercutir na sua estrutura.

insuficiência não significa exclusão, pois, se a exceção surge no seio da norma, as respostas a essa conjuntura passam, obrigatoriamente, pelo direito.

Há alguns anos atrás se defendeu a ideia de que o ordenamento jurídico possui "fendas" através das quais a exceção flui[11], ingressando indistintamente no ordenamento jurídico e encoberta pelo manto constitucional. A legislação não só seria incapaz de impedir a abertura desses espaços anômicos, como contribuiria para sua manifestação, seja através de dispositivos legais autoritários, seja através da insuficiência de limites ao Estado e suas autoridades. Vale lembrar que esses argumentos foram construídos em abordagem que levava em conta as práticas policiais utilizadas durante a ditadura militar de 1964 e sua ocultação após a Constituição de 1988, ou melhor, sua *adaptação* à nova ordem democrática.

Naquele estudo, alinharam-se ideias sobre o estado de exceção, semelhante àquelas propostas por AGAMBEN[12]. Não obstante, acredita-se que o grande mérito do método complexo[13] é, justamente, a capacidade permanente de olhar para o objeto e compreendê-lo como inacabado; portanto, hoje, caso essas ideias fossem novamente enfrentadas, os resultados poderiam ser diferentes, tendo em vista novos fenômenos e novas contribuições. Certamente, não significa abandonar a linha argumentativa desenvolvida, mas sim enfrentar as tensões atuais - que têm indicado um rompimento de paradigmas[14] - e superar a crítica através de propostas que reforcem o sistema de garantias constitucionais. Tal ressalva é importante, na medida em que toda crítica deve servir de ponto de partida e não esgotar-se em si mesma.

---

[11] Trata-se de dissertação de mestrado realizada no ano de 2009 (SANT'ANNA, Marcelo Almeida. *Do estado de exceção à democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988.* 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009).

[12] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002 e AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

[13] Utilizou-se o pensamento complexo de Edgar Morin como método de pesquisa (SANT'ANNA, Marcelo Almeida. *Do estado de exceção à democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988.* 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009. p. 10.)

[14] Sobre a pós-modernidade veja-se o referencial teórico de BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar; BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ainda, não se ignora a posição de BAUMAN no sentido de identificar na atualidade uma espécie de *interregno*, de modo que é possível visualizar diversas mudanças, mas não se sabe exatamente qual será o resultado destas: "O termo 'interregno' foi originalmente usado para designar um hiato de tempo que separa o falecimento de um monarca soberano e a entronização do seu sucessor: esses períodos eram utilizados como as principais ocasiões em que as gerações passadas experimentavam (e costumeiramente esperavam) uma ruptura naquela monótona forma de continuidade do governo, da lei e da ordem social. O direito romano colocou um carimbo oficial sobre essa compreensão do termo (e seu significado) quando proclamou o *interregno no justitium*, que é (como Giorgio Agamben nos lembrou em seu estudo de 2003, *Lo Stato di eccezione*) reconhecidamente uma suspensão temporária das leis e todas as normas existentes (presumivelmente na expectativa de leis novas e diferentes serem eventualmente proclamadas) (BAUMAN, Zigmunt. O Triplo Desafio. *Cult*, São Paulo, n. 138, p. 20-21, ago/2009)".

Dito isso, ainda que o estudo anteriormente realizado exija específica atualização, as críticas ao sistema processual não podem desprezar os aspectos relacionados à teoria política, principalmente, no que consiste ao uso do poder no campo penal. Da mesma forma, há conceitos que se mantém vivos, gerando desconforto ao conhecimento "consolidado". Então, levando adiante a proposta estabelecida anteriormente, deve-se abordar aspectos fundamentais da teoria política.

3. A articulação entre norma e exceção

Carl Schmitt envidou esforços para construir uma teoria sobre o estado de exceção. Apresentando o tema pela primeira vez na obra *Die Diktatur* (1921)[15], SCHMITT estabelece como ponto de partida o estudo da ditadura na república romana clássica[16], no entanto, seu propósito era diferenciar duas espécies de ditadura, a comissária e a soberana (ambas manifestações do estado de exceção[17]) e desenvolver uma teoria do estado e da constituição[18]. Certamente a obra vai além da mera definição conceitual, haja vista a análise de diversos temas que orbitam o objeto de estudo, justamente por isso, as ideias traçadas em *Die Diktatur* foram, no ano seguinte, aprofundadas em *Politische Theologie* (1922)[19]. Aliás, os estudos do teórico alemão levaram em conta os fundamentos estabelecidos por Jean Bodin[20], notadamente reconhecido como um dos primeiro autores a se dedicar e desenvolver um

---

[15] Utilizou-se essa obra traduzida para o idioma espanhol (SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999.)

[16] "(...) el dictador un magistrado romano extraordinário, que fue introdicido después de la expulsión de los reyes, para que em tempos de peligro hubiera un *imperium* fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos de la plebey la apelación al pueblo. El dictador, que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tiene el cometido de eliminar la situación peligrosa que há motivado su nombramiento, o sea, hacer la guerra (*dictadura rei gerendae*) o reprimir uma rebelión interna (*dictadura seditionis sedandae*) (...) Por lo general, se véia em la dictadura um medio político, em virtud del cual la aristocracia patricia buscaba proteger su dominación frente a las exigencias democráticas de los plebeyos (SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999. p. 33-34.)."

[17] SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999. p. 34.

[18] SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999. p. 19.

[19] Utilizou-se uma tradução para o português: SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[20] A obra de BODIN consiste em seis volumes (*Les Six Livres de la République*), os quais foram publicados pela primeira vez na cidade de Paris no ano de 1576 por Jacques Du Puys. Em 1586, o próprio autor traduziu sua obra para o latim. A obra foi, ainda, reeditada, com ortografia original, no *Corpus des ceuvres de philosophie em langue française*, coleção dirigida por Michel Serres em 1986.

conceito de soberania[21], no entanto, o pensamento de SCHMITT coloca a soberania diretamente ligada à ideia de *decisão*[22].

Analisando esses estudos, observa-se que o ordenamento jurídico necessita de uma situação de normalidade[23], significa afirmar que a ordem jurídica não é capaz de capturar o caso extremo[24], ou seja, a situação limite que coloca em risco a existência dessa própria ordem. Essa afirmação, deduzida com clareza por SCHMITT, reconhece o estado de exceção como algo que escapa ao direito, mas com ele mantém relação. Trata-se de reconhecer que toda ordem jurídica repousa em uma *decisão*, de maneira que o soberano é o garantidor dessa ordem[25]. Assim, o estado de necessidade potencialmente capaz de alterar a normalidade estrutural, será reconhecido pelo soberano, o qual *decidirá* sobre a exceção. Tal concepção não coloca a exceção como uma questão essencialmente jurídica, mas como uma decisão que se situa fora do direito; justamente por isso, SCHMITT construiu seu conceito de soberania levando em conta a ideia da exceção.

Assim, o caso extremo exige uma resposta que está além do direito, ainda que com ele guarde relação, tal resposta admite, pois, a suspensão do próprio ordenamento jurídico como forma de defesa e manutenção. Não é por acaso que a tradição constitucional tem procurado eliminar ao máximo a figura do soberano, regulamentando os casos limítrofes sujeitos à medida extrema, não obstante, tais iniciativas envolvem – essencialmente – a definição de competências e atribuições. Discute-se quem ou qual instituição poderá declarar

---

[21] "A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República [...] Ainda que tenhamos dito que a República é um governo de várias famílias e daquilo que lhes é comum com o poder soberano, é necessário esclarecer o que significa poder soberano. [...] E assim concluiremos que a primeira marca do Príncipe soberano é o poder de dar a lei a todos em geral e a cada um em particular. Mas isso não é suficiente, pois é necessário acrescentar que isso se dá sem o consentimento de alguém maior, de um par ou de um menor que si, pois se o Príncipe for obrigado a não fazer a lei sem o consentimento de alguém maior, ele é, na verdade, súdito; se consulta um par, ele terá companheiro; se consulta os súditos – seja o senado, ou o povo – não será soberano." (BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro.* Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. p. 195-298). Ainda, veja-se que o autor desenvolve, essencialmente nos capítulos VIII, IX e X da obra citada, o conceito de soberania e suas "marcas" (expressão utilizada pelo próprio BODIN).

[22] SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

[23] "A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um 'mero pressuposto' que o jurista pode ignorar. Ao contrário, pertence à sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicada ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante (SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13-14)".

[24] "O caso excepcional, o caso não descrito na ordem jurídica vigente pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estadoou similar, mas não pode ser descrito como pressuposto legal (SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8)".

[25] SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11 e 14.

a exceção, contudo, em razão de suas peculiaridades, as hipóteses fáticas são impossíveis de serem subsumíveis à uma figura típica[26].

Então, em apertada síntese, a ideia schmittiana de exceção permite visualizar uma situação extrema que, em razão de suas características, exige – igualmente – uma resposta extrema. Essa resposta é dada pelo soberano, o qual *decide* sobre a instauração do estado de exceção, suspendendo a ordem jurídica como forma de assegurar a manutenção dessa ordem. O ordenamento jurídico, com efeito, é incapaz de atender à singularidade contida no caso extremo, pois seus pressupostos estão conformados a uma situação homogênea e normal, na qual a regra geral predomina.

No entanto, a dinâmica dos fatos e o funcionamento das instituições demonstraram que essa concepção disjuntiva – que separa claramente exceção e regra – não corresponde à realidade do exercício do poder, sendo insuficiente para explicar os fenômenos do passado recente e da atualidade. Veja-se que de medida excepcional, que suspende o ordenamento como um todo, o estado de exceção passa a ser incorporado às técnicas de governo, operando pontualmente nos espaços necessários ao exercício do poder. Tome-se como exemplo a ascensão de Hitler. Tão logo assumiu o poder na Alemanha, Hitler promulgou "o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais"[27]. Observa-se que esse dispositivo nunca foi revogado, de maneira que todo o Terceiro Reich – no plano jurídico – caracterizou-se como um estado de exceção[28].

Na atualidade, esses sinais se manifestam em maior ou menor sutileza. Nesse aspecto, o atentado terrorista de 11 de setembro modificou o campo penal, especificamente, as agências de controle social dos Estados Unidos, na medida em que o combate ao terrorista, novo inimigo, tornou-se fundamental[29]. Assim, o *Usa Patriot Act*, promulgado pelo Senado

---

[26] "O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*." (SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8).

[27] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

[28] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

[29] Não se ignora, por certo, as diversas críticas que surgem em função dessa realidade: "Este autoritarismo estranho à tradição norte-americana assinala uma deteriorização cultural, não política, em sua sociedade, um perigoso abandono dos princípios fundadores da democracia. Caracteriza-se pelo desespero em conseguir um inimigo que preencha o vazio deixado pela implosão soviética. A multiplicidade de candidatos a esse posto, a insuficiência da droga como elemento galvanizador de rejeição coletiva e a excessiva abstração do conceito de *crime organizado* inviabilizam a individualização de inimigos dignos de crédito, que vão bem além do delinqüente de rua. A carência de juízos prévios a partir dos quais seria possível fabricar um novo inimigo só pode ser compensada com um fato aterrador e, para este efeito, o atentado de setembro de 2001 foi funcional

dos EUA no dia 26 de outubro de 2001, introduziu elementos de exceção ao ordenamento jurídico daquele país, permitindo prisões sem o devido controle judicial[30].

Contudo, não é necessário alçar os olhos para além de nossas fronteiras para identificar situações semelhantes. Guardadas as devidas proporções, ao olhar a história de nossa república, identifica-se diversos momentos de exceção. Nesse sentido, o governo provisório da Primeira República, presidido por Deodoro da Fonseca, além de determinar o fim do Império, assegurou a exceção como medida de governo, pois permitiu a intervenção nos estados membros:

> Decreto n° 1 de 15.11.1889
>
> Art. 6°. Em qualquer dos Estados, onde a ordem publica for perturbada, e onde faltem ao governo local meios efficazes para reprimir as desordens e assegurar a paz e tranquilidade publicas, effectuará o Governo Provisorio a intervenção necessaria para, com apoio da força publica, assegurar o livre exercicio dos direitos dos cidadãos e a livre acção das autoridades constituidas.[31]

Nota-se que o mesmo ato que proclamou a república, anunciou a aplicação do princípio da intervenção nos estados[32], prática que foi utilizada seguidamente nos governos da Primeira República sob a forma de estado de sítio. Aliás, é interessante perceber a origem desse instituto[33], pois em suas raízes encontra-se a possibilidade de suspensão parcial da ordem jurídica, declarando determinada cidade ou região *hors la constitution*[34]. Ainda, em

---

para individualizar um *inimigo* crível." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. *O Inimigo no Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65)

[30] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14.

[31] CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 761.

[32] ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana.* t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 455.

[33] AGAMBEN, citando Reinach (REINACH, 1885, p. 109), esclarece sobre a origem do termo *estado de sítio*: "A história do termo 'estado de sítio fictício ou político' é, nesse sentido, instrutiva. Remonta à doutrina francesa, em referência ao decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, o qual previa a possibilidade de um estado de sítio que podia ser declarado pelo imperador, independente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas [...] A origem do instituto do estado de sítio encontra-se no decreto de 8 de julho de 1791 da Assembléia Constituinte francesa, que distinguia entre *état de paix*, em que a autoridade militar e a autoridade civil agem cada uma em sua própria esfera; *état de guerre*, em que a autoridade civil deve agir em consonância com a autoridade militar; *état de siège*, em que 'todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da polícia interna internas passam para o comando militar, que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade' [...] A história posterior do estado de sítio é sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra à qual estava ligado na origem, para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas, passando, assim, de efetivo ou militar a fictício ou político. Em todo caso, é importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista. (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 15-16)."

[34] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16-17.

que pese a Primeira República tenha sido exitosa em promulgar uma constituição, os dispositivos que previam o estado de sítio não foram objeto de intenso debate jurídico na assembleia constituinte de 1890, salvo as propostas relativas à redação[35].

A Constituição de 1891 instrumentalizou a exceção através do estado de sítio, acomodando-o no texto constitucional e providenciando uma "ferramenta" que seria essencial a quase todos os governos da Primeira República no combate aos "inimigos" do Estado[36]. Deodoro da Fonseca, primeiro presidente republicano, tentou fechar o Congresso Nacional e reformar a constituição sem interferência da oposição[37], no entanto, sua renúncia abriu espaço para Floriano Peixoto o qual decretou mais de uma vez o estado de sítio, medida também utilizada por Prudente de Morais, Hermes da Fonseca, Epitácio Pessoa e Arthur Bernardes, o qual se manteve – initerruptamente – sob vigência de estado de sítio. Washington Luís pôs termo ao estado de sítio decretado por Arthur Bernardes, entretanto, introduziu a chamada "Lei Celerada" (instrumento que permitia a censura prévia à imprensa). Dessa forma, somente nos governos de Campos Sales, Moreira Pena, Nilo Peçanha e Delfim Moreira não houve a decretação de estado de sítio[38].

Não bastasse isso, a história nacional seria ainda marcada por outros regimes de exceção, sendo que o mais recente foi a ditadura militar de 1964. Com razão, então, ROSA ou afirmar que:

> Analisando a história republicana do país podemos dizer que os intervalos democráticos, quando não acompanhados de decretos de "estado de sítio", foram sucedidos por ditaduras: poucos anos separam o governo de Washington Luís da ditadura do "Estado Novo" (que vigorou de 1937 até 1945). No curto "intervalo democrático", entre os anos de 1945 a 1964, as investidas militares com intenções

---

[35] ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana.* t. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 411. Diz ainda o autor: "O elemento histórico para a sua interpretação é, por isso mesmo, falho, nos Anais da Constituinte." (ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana.* t. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 411.).

[36] "A república finalmente instituída no final do século XIX, foi instaurada pelos militares que trataram de impor a ordem republicana, usando e abusando da força."(ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990.* 2007. Tese (Doutorado em História)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007. p. 39).

[37] "Decreto n° 641 de 3 de novembro de 1891: Art. 1°. Fica dissolvido o Congresso Nacional eleito em 15 de setembro de 1890. Art. 2°. E'convocada a Nação para, em época que ulteriormente se fixará, escolher novos representantes. Art. 3°. O Governo expedirá para esse fim um regulamento eleitoral, assegurando ao paiz plena liberdade nessa escolha. Art. 4°. O novo Congresso procederá á revisão da Constituição de 24 de fevereiro deste anno nos pontos indicados no decreto de convocação. Art. 5°. Essa revisão em caso algum versará sobre as disposições constitucionais que estabeleçam a fórma republicana federativa e a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade e segurança individual. Art. 6°. Revogam-se as disposições em contrario" (CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 767).

[38] ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990.* 2007. Tese (Doutorado em História)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007. p. 42.

> golpistas foram constantes: 1945, Getúlio Vargas retirou-se do poder sob ameaça de ser deposto; em 1954, o mesmo Vargas recebeu um comunicado do Exército para renunciar sob ameaça de intervenção militar – seu suicídio adiou a intervenção. A renúncia de Jânio Quadros em 1961 propiciou outra tentativa militar, só dissuadida pela influência da campanha pela "Legalidade" e com a concordância de João Goulart em assumir a Presidência da República sob a forma parlamentarista. Nesse caso, o ordenamento jurídico foi alterado para garantir a manutenção desse mesmo ordenamento.[39]

Dessa forma, ao se analisar os atos institucionais outorgados pelas forças golpistas de 1964, verifica-se uma clara articulação entre norma e exceção[40]. A ordem jurídica não foi integralmente suspensa, houve uma pontual introdução de medidas de exceção nos núcleos essenciais às instituições de controle[41]. Os atos institucionais - conforme as necessidades do poder - foram introduzindo os mecanismos de exceção, de maneira que no ato institucional nº 5 tem-se o ponto de articulação de maior intensidade, quando da suspensão do direito a *habeas corpus*.

Nota-se, então, que a concepção schmittiana sobre exceção foi de fundamental importância para a teoria política, não obstante, o passado recente e a atualidade demonstram uma modificação na forma com que a exceção se manifesta, uma vez que não necessariamente há uma suspensão completa do ordenamento, ou seja, de medida excepcional passou a ser técnica de controle social permanente[42]. Tal afirmação fica evidente – apenas para citar um exemplo – ao se refletir sobre as medidas adotadas pelos Estados Unidos após o

---

[39] ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990.* 2007. Tese (Doutorado em História)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007. p. 42.

[40] Nesse ponto, é interessante verificar parte da redação do Ato Institucional nº 1, publicado no dia 09/04/1964 no Diário Oficial da União às folhas 3193: "Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato. [...] Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. [...]". Nota-se que a suspensão da ordem jurídica se estabeleceu essencialmente nos pontos necessários ao controle do Estado e principalmente, no controle dos membros do Poder Judiciário, os quais possuem justamente essas garantias.

[41] "O estado de exceção, mesmo suspendendo o ordenamento jurídico, não desdenha desse ordenamento, ao contrário, compõe com ele a própria lógica da exceção" (ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990.* 2007. Tese (Doutorado em História)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007. p. 34).

[42] Na construção desse pensamento que visualiza a exceção como permanente deve-se citar a contribuição de Walter Benjamin (a título de exemplo, sem querer reduzir as ideias do autor a esses escritos: BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos.* Willie Bolle (seleção e apresentação). Tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza [et. al]. São Paulo: Cultrix, 1986 e BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura.* Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paul: Brasiliense, 1994), principalmente porque AGAMBEN, ao construir sua teoria sobre o estado de exceção, utiliza os estudos SCHMITT e BENJAMIN. O pensamento de ambos teóricos se verifica ao longo das obras de AGAMBEN, em especial, destaca-se um capítulo inteiro dedicado ao diálogo entre ambos (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 83-98).

atentado terrorista de 11 de setembro[43], todavia, mesmo que o Brasil não tenha enfrentado esse tipo de situação, a realidade nacional indica a existência de sucessivas violações a direitos fundamentais e a dificuldade que parte da doutrina e da jurisprudência tem de conferir eficácia à Constituição. Assim, nota-se a existência de espaços anômicos dentro de nosso sistema, nos quais a exceção surge como elemento indeterminado, pronta para ser capturada pela autoridade estatal, a qual fará a lei do "caso em concreto"[44], mesmo que isso signifique negar vigência à Constituição, suspendendo-a de fato.

4. A seleção de inimigos

Dessa maneira, o fato de o Brasil não enfrentar atualmente problemas relacionados ao terrorismo, não impede que se verifique a seleção de inimigos, como bem aponta ZAFFARONI, ao se referir que poder punitivo é essencialmente seletivo[45], de modo que se

---

[43] "O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na 'military order', promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a 'indefinitive detention' e o processo perante as 'military commissions' (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito de guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. Já o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* 'manter preso' o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo a 'segurança nacional dos Estados Unidos'; mas no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre a imigração ou de algum outro delito. A novidade da 'ordem' do presidente Bush está em anular radicalmente o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominavel e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro 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 *deteinees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14)".

[44] "Porém, do ponto de vista técnico, o aporte específico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, sobre a qual já se insistiu bastante, quando o isolamento da 'força-de-lei' em relação à lei. Ele define um 'estado da lei' em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem 'força') e em outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua 'força'. No caso extremo, pois, a 'força-de-lei' flutua como elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força-de-~~lei~~). Tal força-de-~~lei~~, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 61)".

[45] "O certo é que, desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social. [...] O discurso teocrático, usado durante a primeira etapa da planetarização do poder, apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizados rebeldes e as mulheres desordeiras. O *inimigo* desta empresa, depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã, o que deu lugar à primeira de uma longa lista de *emergências*, que seguiram pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um *inimigo."* (ZAFFARONI,

observa uma longa e sucessiva lista emergências e perigos, os quais justificam – ou deveriam justificar – a aplicação da lei penal. Esse inimigo, nascido em conformidade à realidade nacional, não será o dissidente muçulmano, será aquele definido pela norma penal; há uma clara diferença entre ambos, contudo, no fundo pode-se identificar a distinção amigo-inimigo. Tais categorias, conforme ensina SCHMITT, revelam a essência da política[46], ou seja, a exposição concreta de um indivíduo à morte.

Carl Schmitt, ao definir política, busca categorias únicas e irredutíveis a outros critérios, ou seja, absolutamente independentes. Para tanto, o teórico alemão demonstra que a distinção amigo e inimigo não encontra equivalentes; nesse ponto, tal diferenciação permite "designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação"[47]. Nesta visão, o inimigo será o outro, o estrangeiro, ou seja, um conjunto de homens contra o qual se contrapõe outro conjunto, de maneira que se observa concretamente o "aniquilamento físico"[48] decorrente desse confronto. Compreende-se que SCHMITT tenha proposto tal conceito levando em conta a guerra em seu sentido real, entretanto, como bem observa o autor, a unidade política dos Estados relativiza os antagonismos internos, criando conceitos secundários de política, mas que conservam os antagonismos e contraposições internas[49].

Levando em conta a realidade brasileira, não se afirma que os acusados (inimigos) serão executados em ritual judiciário, mediante a aplicação de uma pena de morte. Não obstante, tendo em vista o sistema prisional brasileiro a privação da liberdade surge como uma metáfora da morte. Além disso, deve-se considerar a indiferença; levando em conta a

---

Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. *O Inimigo no Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 31-35).

[46] "Uma determinação conceitual do político só pode ser obtida mediante a descoberta e identificação das categorias especificamente políticas. [...] A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo* e *inimigo* (SCHMITT, Carl. Tradução de Álvaro L. M. Valls. *O Conceito do Político.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992. p. 51)".

[47] Prossegue o autor: "ela pode teórica ou praticamente, subsistir sem a necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, estéticas e econômicas, ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; não tem que surgir como concorrente econômico, podendo talvez até mostrar-se proveitoso fazer negócios com ele (SCHMITT, Carl. Tradução de Álvaro L. M. Valls. *O Conceito do Político.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992. p. 52)".

[48] SCHMITT, Carl. Tradução de Álvaro L. M. Valls. *O Conceito do Político.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992. p. 59.

[49] "No interior do Estado, enquanto unidade política organizada que, como um todo, coincide com a distinção amigo-inimigo, e além disso, *ao lado* das decisões primariamente políticas e sob a proteção das decisões tomadas, produzem-se numerosos conceitos *secundários* de 'político'. [...] Ela ocasiona, por exemplo, que se contraponha uma postura 'de política de estado' a uma de política partidária, que se possa falar de uma política religiosa, escolar, comunal, social etc. do próprio Estado. Contudo, também aqui permanece constitutivo para o conceito de político um antagonismo e contraposição no interior do Estado, relativizados, entretanto, pela existência da unidade política do Estado, que engloba todos os antagonismos (SCHMITT, Carl. Tradução de Álvaro L. M. Valls. *O Conceito do Político.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992. p. 56)".

proposta de SCHMITT, julgar o inimigo não é o mesmo que julgar um amigo, do primeiro se pode retirar tudo, já o segundo goza da eficácia da Constituição, mas a escolha de um ou outro será sempre uma *decisão*, ou seja, uma decisão que poderá articular ou não mecanismos de exceção.

Veja-se que existe um longo hiato entre Código de Processo Penal e Constituição de 1988, de modo que vários dispositivos são constitucionalmente incompatíveis, não obstante, não há um controle constitucional exato, claro e completo; igualmente, as diversas atualizações legislativas nem sempre alinharam o Código à Constituição, pelo contrário, certos dispositivos legais são claramente inconstitucionais, isso sem falar no vazio normativo existente na fase preliminar[50].

Considerando esses argumentos, o ordenamento jurídico deveria ser suficiente para assegurar os direitos fundamentais e o processo penal deveria ser um instrumento efetivo de defesa do direito de liberdade; ocorre que a legislação infraconstitucional é incapaz de atender às promessas da Constituição de 1988. Todavia, o problema não reside unicamente no plano da norma jurídica, é essencial visualizar o comportamento das autoridades e instituições na aplicação da lei, ou melhor, na negação da Constituição.

Desse modo, cumpre verificar que determinados dispositivos legais permitem respostas autoritárias, típicas de um estado de exceção; são normas que proporcionam espaços anômicos, abrindo fendas, nas quais a força-de-~~lei~~[51] flutua como elemento indeterminado, pronto para ser reivindicado e aplicado ao caso concreto. Neste ponto, deve-se ter em vista o passado recente, haja vista os atos institucionais outorgados pelos militares os quais não anularam completamente o ordenamento, pois a intervenção se deu nos pontos necessários. Com isso, defende-se a ideia de que é possível a articulação entre norma e exceção, mesmo que não se visualize a completa suspensão da Constituição. A consequência teórica dessa afirmação – no plano da teoria política – implica reconhecer a existência de mecanismos de exceção que operam nos espaços anômicos, proporcionados pela própria norma jurídica[52].

---

[50] Referência à legislação infraconstitucional, uma vez que se defende a aplicação da Constituição.

[51] Nos exatos termos proposto por AGAMBEN, inclusive, riscando o sintagma para conectá-lo a ideia de estado de exceção (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 61).

[52] Nesse sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002 e AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. Importante referir que tal afirmação surge também em razão da metodologia proposta. Sabe-se que se trata de posição crítica, contudo, uma abordagem complexa não pode ignorar esses argumentos que questionam os regimes democráticos e suas instituições. Pelo contrário, enfrentar e responder tais críticas significa um compromisso na manutenção e ampliação dos direitos fundamentais.

5. Considerações Finais

Por fim, conforme se disse anteriormente, se a exceção surge no seio da norma, as respostas a esse diagnóstico passam também pelo Direito. Então, se é verdade que a exceção é fenômeno atual e vivo nos regimes democráticos, é fundamental buscar instrumentos que atendam aos ideais traçados nas constituições. Nesse aspecto, no plano jurídico, deve-se buscar - através de novos institutos processuais - a eficácia dos direitos fundamentais, se tal intento se mostrar viável, seria possível – no plano da teoria política – obter a redução dos espaços anômicos do sistema, afastando-se a exceção através da limitação e contenção do poder.

Não se ignora as críticas que surgem dessa proposta, tais como se a exceção é algo que está além do Direito, como poderia a norma impedir sua manifestação? De fato, trata-se de um paradoxo. Contudo, entende-se que a limitação do poder do Estado e de suas autoridades, no sentido de tutelar as liberdades individuais, potencializa a própria Constituição, alargando os espaços de *normalidade* e reduzindo – justamente – as zonas de anomia, mediante dispositivos legais alinhados à Constituição. Ademais, as atuais rupturas excepcionais surgem sobrepostas à ordem jurídica, de maneira indistinta e destruidora da tradição constitucional, de sorte que é essencial reafirmar a eficácia dos direitos fundamentais[53], aparando as "arestas" e fechando as "fendas" do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

[53] Neste ponto, AGAMBEN destaca a dinâmica dessa transformação: "O que ocorreu e ainda está ocorrendo sob nossos olhos é que o espaço 'juridicamente vazio' do estado de exceção (em que a lei vigora na figura – ou seja, etimologicamente, na *ficção* – da sua dissolução, e no qual podia portanto acontecer tudo aquilo que o soberano julgava de fato necessário) irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível. [...] Nesta perspectiva, o que está ocorrendo na ex-Iuguslávia e, mais em geral, os processos de dissolução dos organismos estatais tradicionais da Europa oriental não devem ser vistos como um reemergir do estado natural de luta todos contra todos, que prenuncia a constituição de novos pactos sociais e de novas localizações nacional-estatais, mas, antes, como o aflorar à luz do estado de exceção como estrutura permanente de des-localização e des-locação jurídico-política. Não se trata, portanto, de um retrocesso da organização política na direção de formas superadas, mas de eventos premonitórios que anunciam, como arautos sangrentos, o novo *nómos* da terra, que (se o princípio sobre o qual se baseia não for reinvocado e colocado novamente em questão) tenderá a estender-se sobre todo o planeta (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 44-45)".

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

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. O Triplo Desafio. *Cult*, São Paulo, n. 138, p. 20-21, ago/2009

BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos.* Willie Bolle (seleção e apresentação). Tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza [et. al]. São Paulo: Cultrix, 1986.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura.* Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paul: Brasiliense, 1994.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro.* Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Ato Institucional n° 1, de 09 de abril de 1964. Publicado no *Diário Oficial da União* em 09.04.1964.

BRASIL. Ato Institucional n° 5, de 13 de dezembro de 1968. Publicado no *Diário Oficial da União* em 13.12.1968.

BULOS Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORIN, Edgar. *Método 1: a natureza da natureza.* Tradução Ilana Heineberg. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990.* 2007. Tese (Doutorado em História)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana.* t. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

SANT'ANNA, Marcelo Almeida. *Do estado de exceção à democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988.* 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999.

SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. Tradução de Álvaro L. M. Valls. *O Conceito do Político.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

WACQUANT, Löic. *Pierre Bourdieu.* In STONES, Rob. (org.) *Key Sociological Thinkers.* 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. *O Inimigo no Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.