

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANA LUISA ZAGO DE MORAES

**O ESTADO DE EXCEÇÃO E A SELEÇÃO DE INIMIGOS PELO
SISTEMA PENAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA NO BRASIL
CONTEMPORÂNEO**

PORTO ALEGRE
2008

ANA LUISA ZAGO DE MORAES

**O ESTADO DE EXCEÇÃO E A SELEÇÃO DE INIMIGOS PELO SISTEMA
PENAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: sistema penal e violência.

Linha de pesquisa: sistemas jurídico-penais contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt

PORTO ALEGRE
2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M827e Moraes, Ana Luisa Zago de

O estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal : uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo / Ana Luisa Zago de Moraes. – Porto Alegre, 2008.
190 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt.

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Violência. 4. Estado de Direito.
5. Criminalidade. 6. Estado de Exceção. 7. Sistema Penal. I.
Bitencourt, Cezar Roberto.

CDD 341.5

**Ficha Catalográfica elaborada por
Vanessa Pinent
CRB 10/1297**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANA LUISA ZAGO DE MORAES

**O ESTADO DE EXCEÇÃO E A SELEÇÃO DE INIMIGOS PELO SISTEMA
PENAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

APROVADA EM _____ DE _____ DE 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt

Prof. Dr. Paulo César Busato

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

AGRADECIMENTOS

Sou eternamente grata à minha mãe, Elenice, e à minha irmã, Mariana, pelo amor, incentivo e compreensão. E ao meu pai, Roberto, que me deixou a persistência, a fé e a simplicidade como principais lembranças. Queria que estivesse aqui.

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Cezar Roberto Bitencourt, cujas obras instigaram minha paixão pelo Direito penal desde a graduação, por sua riqueza de conteúdo e acessível compreensão. Um agradecimento especial, ainda, por acreditar em mim, desde a minha entrevista até este momento.

À professora Dra. Ruth Gauer, com alusão às suas provocações acadêmicas. Ao professor Dr. Nereu Giacomolli, pelo incentivo. Ainda, ao professor Dr. Rodrigo Azevedo, cuja crítica e a atenção foram essenciais à elaboração do projeto de pesquisa.

Aos meus colegas de mestrado, em especial à Mariana Luisi, ao Michael, à Luciana e à Pollyana, amigos e companheiros nas atividades de pesquisa, na realização dos créditos, nas incertezas e angústias.

Ao Dr. Sidinei Brzuska, cujo exemplo de magistrado e pessoa humana guia-me sempre.

A todos que colaboraram com a elaboração desse trabalho, especialmente à minha amiga Viviane, pela paciente leitura e comentários, registro o meu sincero muito obrigado.

RESUMO

O estado de exceção, no sentido proposto por Carl Schmitt é a suspensão da ordem legal mediante uma decisão do poder soberano, durante determinado lapso temporal, em sentido oposto ao benjaminiano, que aduz ser o estado de exceção a própria indistinção entre este e a normalidade, retratando o espaço indistinguível da violência anômica. Giorgio Agamben define o estado de exceção como a própria liminaridade do sistema, ou seja, uma zona topológica de indistinção entre norma e realidade, em que a própria norma pode *ditar* a exceção quando desconsidera o indivíduo como dotado de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Sopesando a configuração jurídico-política do Brasil como Estado democrático de direito, o presente trabalho analisa a existência de medidas penais típicas de um estado de exceção no âmbito do combate à criminalidade brasileira. Para isso, analisa-se o Massacre do Carandiru, a Chacina da Candelária e a Chacina de Vigário Geral, episódios vinculados à atuação concreta de agentes que compõem o sistema penal do país, evidenciando a presença do estado de exceção agambeniano no Brasil contemporâneo. Após esses acontecimentos, subsistiram violações sistemáticas à dignidade humana por atores policiais, judiciais e penitenciários, que estão vinculadas à consideração de determinados indivíduos como inimigos internos e, portanto, suprimindo sua qualidade de cidadãos, atuando violentamente sobre suas vidas mediante técnicas de combate e neutralização, o que não ocorre simplesmente pela atuação do sistema penal à margem da lei, uma vez que a própria legislação penal, em determinados casos, prevê esse tratamento, como evidenciado, dentre outros diplomas, pela Lei nº 8.072, de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, bem como pela Lei nº 10.792, de 2003, que estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado. Além dos planos concreto e normativo, a seleção e o combate a inimigos pelo sistema penal também encontra espaço nos discursos de tentativa de legitimação desse de exceção, como o do Direito penal do inimigo de Günther Jakobs. O estado de exceção, quando manifestado nas esferas fática, legal e discursiva, configura-se incompatível com o Estado constitucional democrático de normas, principalmente sob o prisma do modelo garantista delineado por Luigi Ferrajoli.

Palavras-chave: Estado de exceção. Estado democrático de direito. Garantismo. Sistema penal. Brasil contemporâneo.

ABSTRACT

The state of exception, in the sense proposed by Carl Schmitt, is the suspension of a law state due to a decision taken by a sovereign power, during a certain period of time, in the opposite direction of Benjamin's theory, which presents the state of exception as the indistinction between itself and the normality, picturing the indistinguishable space of anomic violence. Giorgio Agamben defines the state of exception as the very limit of the system, which means, an area of topological indistinction between law and reality, where the law itself can dictate the exception when disregards the individual as provided with fundamental rights constitutionally assured. Considering the legal and political configuration of Brazil as a democratic state of law, this work examines the existence of typical criminal measures emerging from a state of exception in the fight against crime in Brazil. For that, it analyzes the Carandiru, Candelaria and Vigário Geral massacres, episodes tied to the concrete actions of agents who compose the criminal justice system in the country, highlighting the presence of an Agamben's state of exception in contemporary Brazil. After these events, persist systematic violations to human dignity by the police, Judicial institutions and prison actors, which are linked to the consideration of certain individuals as internal enemies and, therefore, removing their identity as citizens, acting violently on their lives through neutralizing and combat techniques, which does not occur simply by the presence of a criminal justice system set outside the law, since the very criminal law, in some cases, provide for such treatment, as shown, among others, by the Law nº 8.072, 1990, the Law for Heinous Crimes and by the Law nº 10.792, 2003, which established the so called Differentiated Disciplinary Rules. Beyond the practical and regulatory fields, the selection and the combat of enemies by the criminal justice system also finds space in speeches that attempt to legitimize the state of exception, as wants the enemy's criminal law speech proposed by Günther Jakobs. The state of exception, when expressed in the spheres of facts, laws and speeches, sets itself incompatible with the democratic constitutional state of law, mainly through the lens of a warranty model outlined by Luigi Ferrajoli.

Keywords: State of exception. Democratic state of law. Warranty Model. Penal System. Contemporary Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - O ESTADO DE EXCEÇÃO E O ADVENTO DO DISCURSO DE SELEÇÃO DE INIMIGOS PELO SISTEMA PENAL	16
1.1. O estado de exceção na teoria de Carl Schmitt	17
1.1.1. A negação da exceção pela teoria política e jurídica	18
1.1.2. Poder soberano e estado de exceção	21
1.1.3. A discriminação entre amigo e inimigo pelo poder soberano	23
1.1.4. Breves considerações acerca do estado de exceção em Walter Benjamin e sua contraposição à teoria de Carl Schmitt	25
1.1.5. O estado de exceção schmittiano e suas condições de possibilidade nas democracias contemporâneas	28
1.2. O estado de exceção na teoria de Giorgio Agamben	31
1.2.1. A vida nua e a decisão soberana sobre seu desvalor	33
1.2.2. A substituição da distinção amigo <i>versus</i> inimigo pela vida nua <i>versus</i> existência política	36
1.2.3. O estado de exceção teorizado por Giorgio Agamben	38
1.3. A seleção de inimigos pelo sistema penal no estado de exceção	40
1.3.1. A seletividade como forma de atuação do sistema penal e sua inserção no estado de exceção	44
1.3.2. Contextualizando a seleção e o combate aos inimigos na realidade fática ocidental	46
1.3.3. A seleção e o combate aos inimigos na América Latina	51
1.4. Discursos jurídico-penais de tentativa de legitimação da seleção de inimigos pelo sistema penal	56
1.4.1. Os discursos precursores da legitimação da repressão ao inimigo	57
1.4.2. Os discursos de legitimação da seleção de inimigos na atualidade	59
1.4.3. O Direito penal do inimigo de Günther Jakobs	61
CAPÍTULO 2 - A EMERGÊNCIA DO SISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	68
2.1. Do Estado de direito ao Estado constitucional democrático de	

direito	69
2.1.1. As formas estatais precedentes ao Estado constitucional democrático de direito	70
2.1.2. O Estado de direito à luz de Carl Schmitt	76
2.1.3. O Estado constitucional democrático de direito	79
2.1.4. O Estado constitucional democrático de direito e a repercussão sobre a validade de normas: a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli	83
2.2. O modelo garantista <i>versus</i> os sistemas penais de exceção no Estado democrático de direito	88
2.2.1. O garantismo penal e seus axiomas	91
2.2.2. A epistemologia antigarantista e os sistemas penais de exceção	97
2.2.3. O Direito penal de exceção	101
2.3. A deslegitimação do discurso do Direito penal do inimigo no Estado democrático de direito	102
2.3.1. A (im)possibilidade de seleção de inimigos no Estado constitucional de democrático direito	103
2.3.2. A (im)possibilidade de um “Direito penal” do inimigo no Estado de direito à luz dos axiomas garantistas	109
2.3.3. Breves considerações acerca da (im)possibilidade de um Processo penal do inimigo no Estado Constitucional democrático de direito	113
CAPÍTULO 3 - O ESTADO DE EXCEÇÃO E A SELEÇÃO DE INIMIGOS PELO SISTEMA PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	116
3.1. Ordenamento jurídico brasileiro: A Constituição Federal de 1988 e os delineamentos do garantismo penal	117
3.1.1. Humanismo e dignidade da pessoa humana sob o marco constitucional brasileiro	118
3.1.2. Garantias penais e processuais na Constituição Federal de 1988	120
3.1.3. Efetividade das garantias: do controle de constitucionalidade à atuação concreta das agências criminalizadoras	125
3.2. O estado de exceção no Brasil contemporâneo: contextualizando a realidade fática brasileira e a seleção de inimigos pelo sistema penal	130
3.2.1. Sistema penal de exceção: uma breve alusão à atuação das agências	

policiais brasileiras na contemporaneidade	131
3.2.2. Sistema carcerário: as prisões como espaço de atuação do Estado sobre a <i>vida nua</i>	141
3.3. O Direito penal do inimigo no Brasil contemporâneo: análise do discurso no cotejo com a legislação vigente	152
3.3.1. A construção dos <i>crimes hediondos</i> e novas perspectivas de <i>leis penais de exceção</i>	154
3.3.2. Regime disciplinar diferenciado: a “legitimação” do <i>estado de exceção</i> no sistema prisional pelo legislador brasileiro	159
CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174

INTRODUÇÃO

O Massacre do Carandiru, a Chacina da Candelária e a Chacina de Vigário Geral foram episódios sangrentos da história brasileira vinculados à atuação concreta de agentes que compõem o sistema penal do país. Após esses acontecimentos, organizações internacionais, Comissões Parlamentares de Inquérito, membros do Poder Judiciário, além da própria sociedade, seguiram relatando violações sistemáticas à dignidade humana por atores policiais, judiciais e penitenciários. Essas violações estão vinculadas à consideração de determinados indivíduos como *inimigos internos* e, portanto, suprimindo sua qualidade de cidadãos, atuando violentamente sobre suas vidas mediante técnicas de combate e neutralização.

A discriminação de determinados indivíduos do Estado brasileiro como *inimigos*, culminando no tratamento diferenciado em relação aos *cidadãos* não ocorre simplesmente pela atuação do sistema penal à margem da lei. Isso porque a própria legislação penal, em determinados casos, prevê esse tratamento discriminatório, como evidenciado, dentre outros diplomas, pela Lei nº 8.072, de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, bem como pela Lei nº 10.792, de 2003, que estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado.

Além dos planos concreto e normativo, a seleção e o combate a inimigos pelo sistema penal também encontra espaço nos discursos de tentativa de legitimação desse *modelo* de intervenção estatal. Um desses discursos é o do Direito penal do inimigo de Günther Jakobs, que surgiu num contexto de Estado constitucional democrático de direito, cujos valores humanistas não permitem esse tratamento defendido, motivo pelo qual o que Jakobs pretende, em verdade, é legitimar a *exceção* a esse modelo de Estado, ou seja, um *estado de exceção*.

Essas esferas - fática, legal e discursiva -, assim como as relações complexas entre elas, motivaram a problemática da presente pesquisa, traduzida nos questionamentos quanto à existência de uma vinculação entre estado de exceção e o discurso do Direito penal do inimigo; à possibilidade de conciliar esse discurso com as garantias penais e processuais penais constitucionais; e à

materialização do estado de exceção pelas agências criminalizadoras brasileiras na contemporaneidade.

Trabalha-se com a hipótese de que o estado de exceção subsiste na atualidade e, especificamente, no contexto brasileiro, sendo seu exemplo paradigmático a seleção e o combate de inimigos internos pelo sistema penal, que se encontra legitimada pelo próprio legislador, como na Lei dos Crimes Hediondos e na previsão do Regime Disciplinar Diferenciado, o que é inadmissível no Estado democrático de direito por constituir violação dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente.

Os argumentos utilizados no trabalho estão direcionados à deslegitimação dos discursos do Direito penal do inimigo, vinculando-os a uma tentativa de admissão do estado de exceção em Estados democráticos de direito. Esses argumentos são objetivados nas seguintes premissas: (1) o Estado democrático de direito tem como fundamento a dignidade humana, não admitindo a consideração de qualquer ser humano como *vida indigna*, passível de ser combatida e neutralizada; (2) a realidade fática tende a afastar-se dessa vedação constitucional; (3) a previsão legal de medidas destinadas ao *combate* de inimigos, restringindo garantias penais e processuais confere substrato normativo a esta realidade, agravando-a; (4) qualquer discurso destinado à legitimação deste Direito penal do inimigo afasta-se das premissas básicas de um Estado constitucional democrático de direito.

A análise dos problemas e hipóteses, mediante os argumentos propostos, requer um acordo prévio sobre o significado da terminologia *estado de exceção*, uma espécie de pré-condição para a compreensão de todo o presente trabalho. Esse pacto consiste no reconhecimento de que, dependendo das partes do texto, a terminologia assume um significado distinto. O sentido proposto por Carl Schmitt é diverso do de Walter Benjamin, que também se diferencia do definido por Giorgio Agamben, sendo que todos eles são distintos das idéias tradicionais dos teóricos da Constituição, que o identificam plenamente com as estruturas de exceção previstas constitucionalmente, como o estado de emergência e o estado de sítio.

Carl Schmitt define o estado de exceção como a suspensão da ordem legal mediante uma decisão do poder soberano, durante determinado lapso

temporal¹, em sentido oposto ao benjaminiano, que aduz ser o estado de exceção a própria indistinção entre este e a normalidade, retratando o espaço indistinguível da violência anômica (sem objetivo de pôr ou manter o direito)². Giorgio Agamben, aproximando-se do último teórico, define o estado de exceção como a própria liminaridade do sistema, ou seja, uma zona topológica de indistinção entre norma e realidade³, em que a própria norma pode *ditar* a exceção quando, por exemplo, desconsidera o indivíduo como dotado de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ou seja, como *vida nua*⁴.

Essas distinções assumem uma dimensão temporal, uma vez que, tanto as concepções de Schmitt quanto de Benjamin emergiram em um período anterior à consolidação do Estado constitucional democrático de direito e a de Agamben é consolidada na transição do século XX para o século XXI, ou seja, período em que a maioria das constituições ocidentais transformaram os valores humanistas e democráticos em princípios e regras norteadores e limitadores da própria atuação estatal. Essa dimensão temporal somente será compreendida mediante uma remissão do primeiro ao segundo capítulo, uma vez que, no primeiro, os conceitos serão trazidos em uma perspectiva atemporal, ao passo que, no seguinte, serão contextualizados.

O intuito dessa necessidade de complementação para, somente assim, permitir uma compreensão exata do texto, assume a função de inserir o leitor na complexidade do próprio estado de exceção, suas diversas possibilidades de abordagem – seja pela *Teologia política*, que promove uma associação entre conceitos teológicos e da Teoria do Estado, seja pela *biopolítica*, que situa o poder estatal no universo da *concretude*, nas decisões sobre a *vida* dos indivíduos, e não apenas no universo normativo que são as Constituições contemporâneas. Daí

¹ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. de Elisete Antoniuk; coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

² BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência: crítica do poder*. Disponível em http://www.nlyiriana.adv.br/link_geral2.php.item=artigo. Acesso em 08.04.2008.

³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, p. 43.

⁴ “Nua”, no sintagma “vida nua”, corresponde ao termo *haplôs*, ou seja, o *ser puro*, remetendo-se ao pensamento de Aristóteles que distingue as múltiplas formas de *ser*. O significado político do *ser puro*, para Agamben, exprime a sujeição ao poder político dessa forma de vida, ou seja, não da forma de vida *qualificada* pela cidadania em sentido substancial, do indivíduo dotado de direitos protegidos constitucionalmente, bem como por tratados internacionais (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*, pp. 187-188).

porque, implícita nessa aparente desordem da pesquisa, está a idéia de que o estado de exceção é anterior ao Estado constitucional democrático de direito e, em que pese seja esta a forma da maioria dos Estados ocidentais, o estado de exceção emerge na atualidade não como uma *fenda* neste e sim como a própria indistinção entre ambos.

O capítulo vestibular, portanto, aborda o estado de exceção nas suas diversas acepções supramencionadas e os contornos que assumem quando manifestadas pelo sistema penal. Não há o aprofundamento em outras esferas, tais como o estado de exceção econômico, o gerado por catástrofes naturais, guerras externas, ou outros, o que não desmerece a importância e atualidade dessas temáticas. A análise restringe-se à típica atuação do sistema penal no estado de exceção, qual seja, a atuação em face de um *inimigo do Estado*, ou da vida desprovida de existência política, contextualizando na realidade fática ocidental e, mais especificamente, na América Latina. Da realidade, parte-se à abordagem dos discursos de tentativa de legitimação, com ênfase ao do Direito penal do inimigo de Günther Jakobs.

O segundo capítulo contextualiza a concepção do estado de exceção de Schmitt com a forma estatal da época, o Estado liberal de direito, combinado com o emergente Estado social, e evolui para uma análise da forma estatal predominante nos países ocidentais na atualidade, o Estado democrático de direito, com seu respectivo modelo garantista. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli é trazido como modelo ideal nessa forma de Estado e, com base nele, não cabe qualquer tentativa de legitimação de sistemas penais típicos do estado de exceção, como pretende o discurso do Direito penal do inimigo.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, considerando a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito, reconhece-se um afastamento no modelo ideal garantista previsto constitucionalmente, dentre outros motivos, devido à presença do estado de exceção na prática cotidiana das polícias, adeptas à violência anômica em face de cidadãos, e no sistema prisional, em que a falta de condições mínimas à preservação da dignidade humana culmina em um espaço onde se faz presente a *vida* desprovida de cidadania. Esse estado de exceção não é apenas fático, mas também previsto em alguns diplomas legais, o

que se desume da análise do texto da Lei dos Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado.

Dessarte, sopesando a configuração jurídico-política do Brasil como Estado democrático de direito, com as características assinaladas no segundo capítulo, o presente trabalho questiona a existência e a possibilidade de medidas penais típicas de um *estado de exceção* no âmbito do combate à criminalidade brasileira.

O método, ou modo de pensamento adotado, visa tratar o real mediante um diálogo com ele, ou seja, mediante uma leitura dos discursos que pretendem legitimar determinadas realidades, das normas que intencionam determinar formas de ser, além da interação entre esses planos. Portanto, o estudo é guiado pelo *paradigma da complexidade*, mediante seus desdobramentos em *princípio dialógico*, que permite a associação entre dois termos complementares e ao mesmo tempo antagônicos – como o estado de exceção e o Estado democrático de direito, bem como norma e vida -, *princípio da recursão organizacional*, que traduz a consciência de que os indivíduos e o Estado são simultaneamente produzidos e produtores, promovendo uma ruptura com a idéia linear de dominantes-dominados, e *princípio hologramático*, que traduz que o que está no todo está também na parte, como ocorre com o poder estatal reproduzido e produzido pelos indivíduos⁵.

Nessa linha de pensamento, reconhece-se que a pesquisa traz uma epistemologia aberta, uma vez que não pretende construir um sistema, uma relação fechada entre Estado democrático de direito, sistema penal brasileiro e estado de exceção. Por isso, está, e estará sempre, inacabada, seja por não tratar de todas as relações entre esses conceitos – definidos no decorrer do trabalho pelos respectivos núcleos, e não pelos limites -, bem como por não encerrar a dinâmica entre eles. Qualquer novo evento ou teorização desconhecida ou exurgente após a conclusão deste trabalho, induz a uma nova ignorância e a um novo desconhecido, o que dá lugar à própria incerteza e à dialógica a que se propõe o presente estudo.⁶ Daí porque se aceita, de plano, que a metodologia

⁵ MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Trad. Dulce Matos. 4 Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, pp. 108-109.

⁶ MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*, p. 69.

empregada é um desafio constante, uma vez que não é uma *receita para conhecer o inesperado*, mas um vetor para a prudência e à atenção a este⁷.

No intuito de viabilizar a metodologia proposta, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica em fontes primárias - como as obras Carl Schmitt, Giorgio Agamben e Luigi Ferrajoli -, e secundárias, fornecendo um substrato valorativo das anteriores, bem como as trazendo à realidade brasileira, mediante a análise da doutrina pátria, ou através da leitura de leis, de decisões judiciais, de relatórios do Estado e de organizações internacionais, ou mesmo de reportagens jornalísticas. Assim, propõe-se a revisão crítica das temáticas trabalhadas – estado de exceção e sistema penal no Brasil contemporâneo -, negando a restrição do objeto num sistema fechado de referências e procurando não se desligar da concretude e especificidade da realidade brasileira.⁸

⁷ MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*, pp. 121-122.

⁸ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 10.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal, no presente trabalho, foi analisado na perspectiva de conjunto de agências criminalizadoras que atuam na edição das normas, bem como concretamente, tanto se afastando das regras constitucionais e infraconstitucionais quanto as implementando. Essa abordagem inclui a consideração da dogmática como instrumento das agências intelectuais e, portanto, preocupada em criar modelos, influenciar, mas não *diretamente*, e sim como *discurso*, que concorre com outros, como os oficiais e os midiáticos⁹.

Essa perspectiva, guiada pela complexidade das relações entre norma, discursos e realidade, permitiu discriminar que o *estado de exceção* é instituído pelo sistema penal tanto mediante a edição de leis penais quanto pela atuação concreta desrespeitando o ordenamento jurídico posto. Essas aberturas à excepcionalidade decorrem do tratamento de indivíduos como *inimigos*, ou seja, *não-cidadãos*, selecionando determinados tipos de autor, *outros* em relação à sociedade, e combatendo-os, neutralizando-os.

O sistema penal que promove uma *abertura* ao estado de exceção, ou seja, que desconsidera a proteção estatal dos indivíduos, está relacionado a emergências como o terrorismo, a criminalidade organizada, o narcotráfico, a imigração ilegal, entre outras. Contra essas emergências, as agências oficiais, influenciadas e influenciadoras de agências não estatais, como a mídia, armam-se de mecanismos de eleição de *responsáveis*, e de combate e neutralização, como a supressão de garantias penais e processuais.

O discurso das agências intelectuais não fica alheio a essas realidades, atuando seja na tentativa de legitimação desses mecanismos de combate pela máquina estatal, seja na tentativa de deslegitimação. Daí, ao longo da história, para cada emergência criada, houve um discurso respectivo, que defendia desde a *“morte às bruxas”*, chegando à *“morte ao terrorista”*. Essas doutrinas foram especializando-se e criando modelos, influenciando e sendo influenciadas pela mudança das emergências a serem combatidas.

⁹ ZAFFARONI, *et al.* Direito Penal Brasileiro, pp. 43-44.

Mais recentes do que os discursos de legitimação, estão os de tentativa de deslegitimação, defendendo os direitos individuais, e vinculados a valores humanistas e racionalistas (ideais iluministas). Os pensadores que erigiram o Direito penal clássico, como Beccaria e Carrara, defenderam, por exemplo, a humanidade das penas, o limite destas pela culpabilidade do condenado e, por conseguinte, a limitação do poder estatal.

Atualmente, a *evolução* das teorias deslegitimadoras é influenciada pelo desenvolvimento do Constitucionalismo moderno, pela positivação da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais e de seus mecanismos de efetivação, bem como pela limitação do poder punitivo nos próprios textos constitucionais. Um dos principais expoentes desses novos discursos é Luigi Ferrajoli, que desenvolveu a teoria do *garantismo penal*, baseada limitação do poder punitivo e de mecanismos de assegurar tal limitação, como a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais e a vinculação e o controle de conteúdos materiais de ambas as espécies normativas.

Ocorre que, na atualidade, também subsistem teorias legitimadoras da atuação do sistema penal contra *inimigos*. Exemplo paradigmático desses discursos é o do *Direito penal do inimigo* desenvolvido por Günther Jakobs, que defende um Direito penal diverso para os indivíduos que se afastaram de forma duradoura do Direito, não oferecendo “segurança” cognitiva e, portanto, não podendo ser considerados “pessoas”. Logo, influencia quanto à possibilidade de subsistir um “não-cidadão” no âmbito dos Estados contemporâneos.

É sabido, pois, que discursos legitimantes e deslegitimantes se intercalam e concorrem ao longo da história, e que defendem modelos ou reafirmam realidades concretas. Esses modelos, em regra, pretendem adequar-se ao Estado em que foram concebidos, motivo pelo qual o Direito penal clássico erigiu-se nos primórdios de um Estado liberal, em que pretendia-se garantir *direitos individuais*, e o garantismo penal foi desenvolvido num Estado democrático de direito, garantindo *direitos fundamentais*, que excedem os individuais e preocupam-se em defender o valor dignidade humana, bem assegurar mecanismos concretos de reafirmação.

O Estado democrático de direito é a forma assumida pela maioria dos Estados atuais. No Brasil, a Constituição da República de 1988 elege esta forma e

introduz a dignidade humana como valor fundamental, informador e norteador de toda ordem jurídica. Prevê, ainda, direitos e garantias fundamentais e diversos mecanismos de efetivação, como a aplicabilidade imediata destes e o controle constitucionalidade de normas. Incluem-se, entre esses direitos e garantias, a vedação de penas cruéis, desumanas ou degradantes, erigindo-se o princípio da humanidade das penas, a legalidade, a culpabilidade, o devido processo legal, todos eles compondo o *modelo garantista brasileiro*, que não se identifica plenamente pelo defendido por Ferrajoli, mas por este pode ser norteado.

O sistema penal brasileiro, no entanto, nem sempre atua concretizando o valor constitucional *dignidade humana*, respeitando direitos e garantias fundamentais com conteúdo *dignidade*. A violência policial nas regiões favelizadas dos grandes centros metropolitanos brasileiros e a condição atual do sistema prisional do país são exemplos que evidenciam o tratamento de indivíduos como *não-cidadãos*, como *inimigos*. Esse tratamento somente poderia ser legitimado sob a ótica do Direito penal do inimigo, porém, como visto, seus postulados não correspondem à ordem constitucional brasileira, mas, ao contrário, a *excepcionam*.

Constata-se, no decorrer do trabalho, que a exceção aos princípios básicos da Constituição brasileira de 1988 corresponde à materialização do *estado de exceção*. E, ao longo da pesquisa, verifica-se que esse não corresponde à perspectiva de Carl Schmitt, como a suspensão temporal da ordem constitucional, tampouco como o espaço em que a *mera vida* se expande, e a violência excede a alternatividade entre violência que põe o direito e o conserva – em que não está situado o papel de edição de leis que ditam a excepcionalidade - e, pois, vai além das idéias de Walter Benjamin.

O estado de exceção no Brasil contemporâneo identifica-se como a concepção de Giorgio Agamben. Isso porque decorre da dialógica entre *leis penais de exceção* - criadas para combater emergências, porém incorporadas ao ordenamento jurídico de forma *permanente* -, e a *atuação concreta* das agências policiais, prisionais e judiciárias. Nesse espaço, a interação entre *norma* e *vida*, a consideração de indivíduos como *não-cidadãos* e, ao mesmo tempo, a aplicação do Direito em face destes, como ocorre com os presos que cumprem penas em

cárceres superlotados e insalubres, identifica essa situação como a *liminaridade do sistema*, o espaço indistinguível entre direito e anomia.

Da aferição da existência de um *estado de exceção brasileiro*, emerge a necessidade de barrá-lo e, como foi anteriormente ressaltado, somente as agências intelectuais não são capazes de fazê-lo. Contra este, além da efetividade das normas constitucionais que determinam a valorização do humano e a preservação de sua dignidade, também é necessário desmistificar o *consenso fabricado* de que o criminoso é o *outro* e, nessa condição, deve ser combatido, como no caso dos moradores de rua, dos favelados e dos presos comuns. Esse consenso é um espaço propício ao estado de exceção, porquanto quando se banaliza a vida do outro, se *banaliza a própria idéia de vida*, desnudando-a de sua existência política, inerente à cidadania na concepção atual.¹⁰

Assim, a ruptura da violência contra o outro e da própria normatividade violenta e, com isso, a possibilidade a desconstrução do estado de exceção em que vivemos passa pela atuação do Poder Judiciário e dos demais poderes, pela construção social e cultural da cidadania no sentido substancial, mas também pela concepção da realidade em uma dimensão primordialmente ética, onde a alteridade sustenta o sentido da realidade. À ética é acrescida a necessidade do encontro com real, como enxergar que o inimigo não é real, mas socialmente construído, ao passo que a marginalização, a segregação social, a precariedade do sistema prisional brasileiro, são fenômenos reais.

Finalmente, é necessário lembrar que a efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos e garantias fundamentais, da ética e da consciência da realidade brasileira, é garantida no exercício da *política*. Essa não mais como a esfera específica da decisão sobre o *estado de exceção*, em sentido análogo ao *milagre*, mas como o único meio de fazer cessá-lo. E aqui, a política é entendida como um espaço do exercício da liberdade, da iniciativa e da mudança, o único espaço para promover soluções, inclusive a ruptura com a normatividade violenta e, portanto, para fazer e esperar *milagres*, como é a contenção do estado de exceção.¹¹

¹⁰ SOUZA, *Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade*, p. 135.

¹¹ ARENDT, *O que é política?*, p. 43.

O *milagre* que se espera, no intuito de cessar o estado de exceção no sistema penal brasileiro, é a valorização da vida *digna de ser vivida*¹², seja pela ruptura do processo de edição de *leis penais de exceção*, seja pela atuação concreta das agências criminalizadoras baseadas em valores humanistas, mas, também, pela construção de uma nova consciência social baseada na alteridade.

¹² ZIZEK, *Bem vindo ao deserto do real*, p. 109.