Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Fernando Hideo Iochida Lacerda

Processo penal de exceção

Doutorado em Filosofia do Direito

São Paulo

2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Fernando Hideo Iochida Lacerda

Processo penal de exceção

Doutorado em Filosofia do Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

São Paulo

2018

Banca examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

ao pedro serrano,

minha gratidão, lealdade e admiração.

Solo voy con mi pena
Sola va mi condena
Correr es mi destino
Para burlar la ley
(Manu Chao, 1998)

Nessa história toda, o erro era só dele?
Antes de tudo, não era uma coisa grave que um trabalhador não tivesse em que se ocupar, que um homem como ele não tivesse o que comer?
Depois de ter sido cometida e confessada a falta,
por acaso o castigo não foi por demais feroz e excessivo?
Onde haveria mais abuso:
da parte da lei, na pena, ou da parte do culpado, no crime?
Não haveria excesso de peso em um dos pratos da balança, justamente naquele em que está a expiação?
(Victor Hugo, 1862)

A porta da justiça é o direito que não é mais praticado, e sim estudado.
(Walter Benjamin, 1934)

AGRADECIMENTOS

Toda tese de doutorado é uma tentativa de enxergar mais longe. Se Isaac Newton disse que apenas sobre os ombros de gigantes é que podemos ver além, deixo minha gratidão a todos que me emprestaram um tanto de seus ombros para que essas linhas ganhassem vida.

Do berço, aos meus pais e ao meu irmão, pelo apoio incondicional e pela confiança inabalável. Da sorte que nunca me faltou, aos amigos que desde cedo me acompanham, pelo estímulo e compreensão. Dos bancos escolares, a todos os Professores com quem tive o privilégio de aprender e à nossa Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela inspiração e utopia.

Dos melhores exemplos que eu poderia ter, aos Professores Edson Luís Baldan e Pedro Estevam Serrano, pela genialidade altruísta, pela generosidade infinita e por me ensinarem que a razão jurídica de nada vale sem a sensibilidade humana. Inspirado em vocês, o direito ainda pulsa.

Dos ventos que têm me encorajado à advocacia criminal, ao Sergei Cobra Arbex, à Zulaiê Cobra Ribeiro e ao Leandro Falavigna, por partilharem comigo as mais gratificantes lutas em nome da liberdade.

Das trincheiras da resistência democrática, aos companheiros que mantém acesa a chama do sonho por um mundo menos desigual, onde ao menos todos nós tenhamos as mesmas oportunidades. A todos os juristas comprometidos com esse ideal, pelo exemplo e na pessoa dos meus professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Weida Zancaner, que nunca nos falte coragem para resistir!

Das prateleiras reais ou virtuais por onde essas linhas eventualmente sejam encontradas, ao improvável leitor por me presentear com seu interesse.

Do meu melhor encontro, à Alana. Pela cumplicidade, alegria, respeito, carinho e paciência. Ao seu lado, a vida é *bonîta*.

Aos meus gigantes, muito obrigado !

RESUMO

LACERDA, Fernando Hideo Iochida. **Processo penal de exceção**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

Escopo deste trabalho é a construção de uma teoria crítica do processo penal, capaz de revelar a essência autoritária envolta na aparência garantista das práticas reais do poder penal na sociedade brasileira da década de 2010. Se os regimes autoritários se reinventaram na contemporaneidade, o passo inicial de uma resistência democrática passa por compreender o funcionamento dos mecanismos tirânicos. Nesse sentido, busca-se a sistematização de um modelo científico penal que dê primazia ao mundo real e concreto, capaz de revelar as operações fraudulentas diluídas no discurso institucional democrático do sistema de justiça brasileiro. Para tanto, são adotados como pressupostos conceituais basilares a teoria das medidas de exceção e do autoritarismo líquido de Pedro Estevam Serrano e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Empregando esses referentes científicos, a tese se propõe a desvendar a nova forma de autoritarismo diluído na aplicação do direito e na rotina aparentemente democrática. O *processo penal de exceção* corresponde à contrafação do modelo idealmente concebido pelo garantismo penal (táticas democráticas de limitação do poder penal), degenerado nas práticas reais autoritárias do sistema de justiça criminal (táticas tirânicas de eliminação do inimigo). Em um jogo de aparências, os princípios garantistas são fraudados por *antiprincípios* que dão forma ao que sistematizamos como processo penal de exceção. É uma busca de compreensão crítica das práticas reais autoritárias do sistema de justiça criminal, uma investigação que pretende descortinar os truques fraudulentos à Constituição Federal, um impulso na tentativa de despertar o primeiro passo de uma caminhada pela resistência em nome dos valores constitucionais e da soberania popular.

Palavras-chave: Processo penal de exceção; medidas de exceção; normalidade penal; estado de exceção; autoritarismo judicial; teoria crítica; neoliberalismo penal; criminalização da pobreza; criminalização da resistência.

ABSTRACT

LACERDA, Fernando Hideo Iochida. **Processo penal de exceção**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

The scope of this paper is to construct a critical theory of criminal procedure, capable of revealing the authoritarian essence hidden behind criminal garantism appearance of the penal power in the 2010s Brazilian society. The contemporary revival of authoritarian regimes calls, as a first step of democratic resistance, for understanding how tyrannical mechanisms work. In that regard, it was attempted to systematize a scientific penal model which weighs down the real and concrete world, revealing the fraudulent operations diluted in Brazil's justice system democratic, institutional rhetoric. Fundamental concepts that emerge from Pedro Estevam Serrano's theory of exceptional measures and liquid authoritarianism and Luigi Ferrajoli's criminal garantism were adopted. By those scientific methods, this thesis proposes unveiling an emerging facet of authoritarianism blurred by justice enforcement and appearance of democratic routine. The criminal *procedure of exception* negates the ideal model of criminal garantism (democratic checks and balances tactics to limit penal power), debased in real, concrete authoritarian practices in the criminal justice system (tyrannical tactics of expunging the enemy). Slyly, those principles are assaulted by their antitheses, constituting what was systematized as the *criminal procedure of exception*. This works is a search for critical comprehension of truly authoritarian practices in the criminal justice system, an investigation aiming to unveil fraudulent expedients against the Federal Constitution, an impulse to awaken the resistance in the name of constitutional guarantees and popular sovereignty.

Key words: Criminal procedure of exception, exceptional measures, penal normality, state of exception, judicial authoritarianism, critical theory, penal neoliberalism, criminalization of poverty, criminalization of resistance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

PROLEGÔMENOS: POR UMA (CONS)CIÊNCIA CRIMINAL CRÍTICA 15

1. ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE 26

1.1. SOBERANIA E EXCEÇÃO 26
1.1.1. O soberano contra o inimigo 31
1.1.2. Do milagre à catástrofe 40
1.1.3. Estado de exceção e direito penal do inimigo 50

1.2. O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO 61
1.2.1. Decisionismo e positivismo jurídico 63
1.2.2. Soberania e norma hipotética fundamental: escalada à mesma pirâmide 71
1.2.3. O duelo entre Carl Schmitt e Hans Kelsen 74

1.3. DIREITO E EXCEÇÃO 82
1.3.1. Autoritarismo líquido 85
1.3.2. O soberano na contemporaneidade 92
1.3.3. Do positivismo jurídico ao neconstitucionalismo 106
1.3.4. Medidas de exceção e processo penal de exceção 116

2. GARANTISMO PENAL 124

2.1. EPISTEMOLOGIA GARANTISTA: CONVENCIONALISMO PENAL E COGNITIVISMO PROCESSUAL 124
2.2. PRESSUPOSTOS ÉTICO-POLÍTICOS E NEGAÇÃO DO ABOLICIONISMO PENAL 128
2.3. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 135
2.4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NÚCLEO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 139
2.5. O SISTEMA GARANTISTA (SG): DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL 144
2.5.1. Princípio da retributividade 148
2.5.2. Princípio da legalidade 151
2.5.3. Princípio da necessidade 154
2.5.4. Princípio da lesividade 156
2.5.5. Princípio da materialidade 159
2.5.6. Princípio da culpabilidade 160
2.5.7. Princípio da jurisdicionalidade 163
2.5.8. Princípio acusatório 166
2.5.9. Princípio do ônus da prova 169
2.5.10. Princípio do contraditório 171

3. AUTORITARISMO PENAL 174

3.1. EPISTEMOLOGIA INQUISITIVA: SUBSTANCIALISMO PENAL E DECISIONISMO PROCESSUAL 174
3.2. SISTEMAS INQUISITIVOS (S1-S9): DIREITO PENAL MÁXIMO E IRRACIONALISMO JURÍDICO 178
3.3. O MITO DA VERDADE REAL 182
3.4. A FALÁCIA DO GARANTISMO POSITIVO OU INTEGRAL 189
3.5. NORMALIDADE PENAL: A TRADICIONAL CURVA AUTORITÁRIA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO 199

4. PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO 212

4.1. EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO: POPULISMO PENAL E ESPETÁCULO PROCESSUAL 212
4.2. EXCEÇÃO PENAL: UMA NOVA CURVA AUTORITÁRIA NA DÉCADA DE 2010 ... 225
4.3. O SISTEMA DA EXCEÇÃO (SE): DEZ AXIOMAS DO PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO 249
4.3.1. Antiprincípio da combatividade 257
4.3.2. Antiprincípio da aclamação 270
4.3.3. Antiprincípio da seletividade 282
4.3.4. Antiprincípio da inimizade 296
4.3.5. Antiprincípio da luta de classes 312
4.3.6. Antiprincípio da ideologia 324
4.3.7. Antiprincípio do espetáculo 340
4.3.8. Antiprincípio da inquisição dissimulada 353
4.3.9. Antiprincípio do primado das hipóteses sobre os fatos 369
4.3.10. Antiprincípio da eficiência 382

CONCLUSÃO 399

BIBLIOGRAFIA 420

INTRODUÇÃO

Neste início do século XXI, temos assistido a uma reconfiguração do exercício autoritário do poder estatal. Os governos ditatoriais instaurados por golpes explícitos deram lugar a estruturas complexas que adotam a forma democrática como roupagem para um conteúdo autoritário. Para Pedro Estevam Serrano, trata-se de um autoritarismo líquido diluído em medidas de exceção que esvaziam de sentido os direitos fundamentais e garantias individuais. O universo a ser explorado é desvendar o papel do sistema de justiça criminal brasileiro nesse fenômeno autoritário.

O presente trabalho visa empreender uma análise crítica das práticas reais do poder penal, demarcando-se como recorte histórico e geográfico a sociedade brasileira da década de 2010. Porque o Tejo não é o rio que corre pela minha aldeia, é preciso esclarecer que essa delimitação do objeto de estudo se deve à constatação de que o sistema de justiça criminal brasileiro tem sido protagonista como agente das medidas de exceção na contemporaneidade. O conteúdo autoritário de perseguição do inimigo parece ter encontrado guarida na forma institucional garantista de exercício do poder penal: um jogo de aparências subordinado aos interesses do mercado que se desenvolve mediante perseguições bélicas em pele de processo penal.

A proposta teórica desta tese será construída em cinco etapas. Preliminarmente, o acúmulo de conceitos e parâmetros que precisavam ser postos previamente transbordou os limites estreitos de uma introdução para assumir a forma de *prolegômenos* como tentativa de fixar os alicerces de uma ciência criminal crítica. Busca-se estabelecer o fio condutor de uma teoria do processo penal edificada a partir da visão totalizadora da realidade criminal.

Na sequência, intitulados (1) *estado de exceção na contemporaneidade,* (2) *garantismo penal*, (3) *autoritarismo penal* e (4) *processo penal de exceção*, seguem-se os quatro capítulos da tese construídos em uma sequência pretensamente linear, de modo tal que as ideias apresentadas na parte precedente sejam pressupostos lógicos das considerações subsequentes.

O objetivo será a construção de um modelo crítico sobre as práticas do sistema de justiça criminal brasileiro na contemporaneidade, segundo uma proposta científica de estudo do direito e dos fenômenos sociais que não se contente com a aparência dos discursos, formas, modelos ideais e considerações abstratas, mas dê primazia ao mundo real e concreto diante de nós.

Para tanto, partimos da hipótese central proposta por Pedro Estevam Serrano sobre o *autoritarismo líquido* dos nossos tempos, caracterizado por *medidas de exceção* que se apresentam fragmentadas e diluídas nas formas democráticas, tendo no Brasil e na América Latina o *sistema de justiça* como agente destinado a eliminar o inimigo. A teoria das medidas de exceção como forma de exercício do poder tirano na sociedade contemporânea será o alicerce do modelo crítico proposto como *processo penal de exceção*.

Inicialmente, o capítulo (1) *estado de exceção na contemporaneidade* pretende apresentar o exercício do poder autoritário e sua relação com o sistema criminal em dois momentos. Primeiro, retomando as concepções tradicionais sobre estado de exceção e soberania, conforme Carl Schmitt, Walter Benjamin e Giorgio Agamben. Segundo, dedicando-se à teoria de Pedro Estevam Serrano sobre as medidas de exceção como forma do autoritarismo líquido e ao pensamento de Michel Foucault acerca da racionalidade neoliberal, apresentamos uma visão sobre o exercício do poder soberano na contemporaneidade.

Na sequência, apresenta-se no capítulo (2) *garantismo penal* uma visão geral sobre a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. O objetivo é demonstrar a forma adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, partindo do garantismo penal como modelo ideal destinado a assegurar racionalidade ao exercício do poder punitivo e modelo institucional positivado na Constituição Federal de 1988, que adotou os diversos princípios ferrajolianos como direitos fundamentais e garantias individuais, na estruturação de um sistema de direito penal mínimo.

Em um terceiro momento, expõe-se no capítulo (3) *autoritarismo penal* a epistemologia inquisitiva retratada por Luigi Ferrajoli, segundo modelos de direito penal máximo e irracionalismo jurídico. O objetivo é demonstrar o conteúdo historicamente autoritário das práticas reais do poder penal no Brasil. Por oportuno,

trabalha-se o mito da busca pela verdade real e a ficção do garantismo positivo ou integral como fórmulas autoritárias legitimadas por uma parcela da ciência penal brasileira. A tradicional curva autoritária consagrada historicamente em nossa sociedade é denunciada como relação de dominação de classe orientada pela preservação da ordem estabelecida, mediante a negação do direito de defesa aos excluídos.

Desse modo, o que apresentamos como *normalidade penal* é uma relação escravocrata de exclusão violenta da população imprestável ao mercado, naturalizada pela política criminal brasileira que historicamente estabeleceu duas zonas bem delimitadas: um Estado de direito onde as classes superiores são protegidas e um estado permanente de exceção onde as classes populares são perseguidas como escravos dos nossos tempos. O *bandido* é a imagem reeditada do escravo.

Por fim, no capítulo (4) *processo penal de exceção* sugere-se um modelo crítico na tentativa de descortinar as práticas reais do sistema de justiça criminal, expor as verdadeiras relações materiais e descortinar o jogo de aparências do espetáculo penal, revelando-se um sistema fraudulento de direito penal máximo envolto na roupagem garantista, mas cuja essência é a eliminação dos inimigos do mercado.

O que propomos como *processo penal de exceção* é a contrafação do modelo constitucional garantista por um sistema de justiça brasileiro a serviço da tirania do mercado. A reconfiguração da normalidade penal histórica é fruto de uma forma mais sofisticada de combater o inimigo, não mais apenas pela grotesca negação ao direito de defesa para grupos excluído, mas por anunciadas *flexibilizações*, *relativizações* ou *reinterpretações* dos direitos fundamentais e garantias individuais visando à proteção e/ou moralização da sociedade.

Na aparência do discurso, o espetáculo criminal anuncia que o inimigo agora é outro: políticos, empresários, intelectuais, comunicadores, membros do próprio sistema de justiça etc. Entretanto, se o direito penal é inevitavelmente seletivo e manipulado pelos donos do poder, as práticas reais revelam que os alvos foram ampliados, mas o inimigo é o mesmo: as classes populares (*criminalização da pobreza*, imprestável ao mercado) e os seus representantes (*criminalização da resistência*, inconveniente ao mercado).

Na essência das práticas reais do sistema de justiça criminal, a construção de uma narrativa fraudulenta camufla um conteúdo autoritário na forma garantista. Nesse sentido, os *antiprincípios* do processo penal de exceção revelam a contrafação de cada um dos dez *princípios garantistas* propostos por Luigi Ferrajoli. A persecução criminal torna-se uma arma de guerra nas mãos de um sistema de justiça submisso ao mercado, destinada a intensificar a eliminação das classes populares e travar um novo combate contra os adversários políticos, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes, advocacia combativa, servidores públicos que permanecem leais à Constituição e setores estratégicos da economia nacional.

Com âncoras fincadas nas Ciências Criminais, na Filosofia do Direito, no Direito Constitucional, na Sociologia e na Teoria Geral do Direito e do Estado, seguimos o alerta de Juarez Tavares pela libertação das amarras dogmáticas e contra o isolacionismo da ciência jurídico-penal. Assumindo o risco à extensão e linearidade do escopo proposto nessa tese, nos permitimos incursões não sequenciais nos mais diversos campos da Filosofia e do Direito, incorporação de notícias, declarações, entrevistas e acontecimentos cotidianos, assim como diálogos nem sempre convencionais entre o pensamento de autores de diferentes matizes, sempre visando ao desenvolvimento de uma abordagem transdisciplinar.

Desde o início da pesquisa estivemos atentos à lição de Nilo Batista, que, na apresentação à edição brasileira da obra *Em busca das penas perdidas* de Eugenio Raul Zaffaroni, lembrou que aos professores latino-americanos de direito penal dos anos sessenta restava uma pobre aventura intelectual, resumida à dogmática penal importada de autores italianos e alemães, enquanto o sistema penal real funcionava de modo irracional, bárbaro e genocida. O professor Nilo Batista bem definiu que “o jurista era um fingidor de fazer inveja ao poeta de Fernando Pessoa”. Tudo que não almejamos nas próximas linhas é invejar o poeta fingidor.

Finalmente, registre-se que o propósito de uma teoria crítica do processo penal brasileiro não traduz o desejo meramente descritivo e, sob nenhuma hipótese, a possibilidade de legitimação das práticas reais autoritárias. É que antes de resistir precisamos superar a cegueira: somente desvendando o objeto a ser transformado é que se torna possível construir um processo penal transformador.

PROLEGÔMENOS: POR UMA (CONS)CIÊNCIA CRIMINAL CRÍTICA

> *"Com a crítica, o penalista deixa de ser um mero instrumento a serviço do poder absoluto do Estado e se converte em um vigilante desse poder e do seu exercício. O penalista não só deve aceitar o Direito Penal, tal como é, como também e na medida em que o aceita, deve aceitá-lo para criticá-lo. Aceitar uma realidade, qualquer que seja, não quer dizer aceitá-la criticamente. A crítica supõe confrontar o objeto aceito e interpretado com o resto da realidade e nesta realidade entram também, certamente, outros tipos de considerações, políticas, sociais e psicológicas — além das puramente jurídicas, de que o penalista não pode prescindir".*
> — Francisco Muñoz Conde[1] —

A identificação semântica e a delimitação do objeto de estudo são pressupostos para qualquer estudo no campo das ciências jurídicas. Direito penal, processo penal, política criminal, criminologia e sistema penal são signos linguísticos que precisam, ainda que minimamente, ser delimitados para que emissor e receptor estejam aptos a estabelecer uma comunicação eficiente.

Com efeito, a mensagem só pode ser compreendida adequadamente se os interlocutores compartilham os mesmos conceitos e as mesmas premissas lógicas. Não raro, o debate que se propõe sobre teses jurídicas revela-se, especialmente no campo das ciências criminais, uma discussão inócua em que emissor e receptor partem de premissas conceituais distintas, impossibilitando-se efetivamente o diálogo por um empecilho semântico.

---

[1] CONDE, Francisco Muños. Para uma ciência crítica do Direito Penal. *Revista de Direito Penal – Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, n. 24, p. 93-98, 1979.

Partindo do alerta de Michel Villey (2003, p. 237) — “para que os lógicos entrem num acordo sobre o conteúdo da lógica do direito, precisariam em primeiro lugar se entender sobre o sentido da palavra ‘direito’” —, o primeiro passo da trajetória que se inicia é uma tentativa de delinear sentidos e esclarecer os significados dos principais conceitos jurídicos abordados ao longo do trabalho.

Segundo uma perspectiva estruturalista da linguagem, o “signo linguístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica”, materializando-se em “uma entidade psíquica de duas faces” segundo a qual imagem acústica e conceito “estão intimamente unidos e um reclama o outro” (Saussure, 2006, p. 80).

Para Ferdinand de Saussure (2006, p. 81), o “conceito” equivaleria ao que se chamou de “significado” e a imagem acústica ao que se denominou “significante”:

> Propomo-nos a conservar o termo *signo* para designar o total, e a substituir *conceito* e *imagem acústica* respectivamente por *significado* e *significante*; estes dois termos têm a vantagem de assinalar a oposição que os separa, quer entre si, quer do total de que fazem parte.

Não obstante a superação de uma relação de plena identidade entre significante e significado por concepções pós-estruturalistas que assumem o caráter performativo da linguagem (Austin, 1990), a primeira tarefa que se impõe à clareza desse trabalho é a fixação dos principais conceitos jurídicos que serão explorados ao longo do texto. Conceitos esses que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 376), “não são mais que termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito. Não passam, então, de sistematizações, de classificações”.

Assim, a tarefa de estabelecer conceitos ou significados jurídicos se dá a partir da sistematização de elementos e características comuns a um significante. Quando o signo linguístico não se apresenta de antemão construído pelo direito positivo, cabe ao intérprete promover a classificação necessária, havendo liberdade para formulação dos conceitos que “são variáveis conforme o doutrinador que os propõe, sem que disto redunde, necessariamente, o caráter errôneo de um dos conceitos postos em conflito” (Mello, 2010, p. 378).

Diante dessa reconhecida variação linguística conceitual, Eugênio Raul Zaffaroni (2007, p. 26) identifica a deterioração semântica do próprio significante *direito penal*, a partir da confusão entre os seus três possíveis significados: *poder punitivo*, *legislação* e *doutrina*.

> Em qualquer discurso, inclusive no técnico, podem ser encontradas frases como estas:
> (a) O direito penal não pode combater a pobreza.
> (b) O direito penal não apena essa conduta.
> (c) O direito penal não analisou esse tema.
> Trata-se de um mesmo sujeito gramatical, porém com três sentidos semânticos diferentes: a frase a) denota o poder punitivo do Estado como fato, como dado real, sociológico, histórico ou atual; a frase b) refere-se claramente à legislação penal; e a frase c) indica uma omissão da teoria ou doutrina.

Mas não é apenas o significante *direito penal* que precisa ser delimitado como premissa lógica. Da mesma forma, é preciso identificar semanticamente os signos linguísticos *processo penal*, *política criminal*, *criminologia* e *sistema criminal* visando à melhor compreensão das teses propostas.

Inicialmente, cumpre destacar o óbvio: como nenhum desses conceitos foi preconcebido pelo direito positivo, a delimitação conceitual que ora se propõe limita-se a conferir melhor clareza ao pensamento do autor. Não há pretensão de universalidade ou de plena correspondência no diálogo com outros autores, pois embora haja pontos elementares e tradicionalmente adotados pela doutrina, “nada constrange logicamente um estudioso a proceder tal delimitação de maneira coincidente com a realizada por outro jurista” (Mello, 2010, p. 378).

Conforme aponta Eugênio Raul Zaffaroni (2007, p. 26-27), o signo linguístico *direito penal* pode fazer referência ao “poder punitivo do Estado como fato”, à “legislação penal” ou à própria “doutrina jurídico-penal (saber ou ciência do direito penal)”, confusão semântica “muito angustiante, pois impede o diálogo, dado que com demasiada frequência se argumenta no plano do sentido de uma das frases mencionadas e se responde no de uma das duas restantes”.

Nesse sentido, para os propósitos deste trabalho utiliza-se a expressão *direito penal ou criminal* sempre que se tratar de uma *forma de linguagem e de poder*,

construída a partir do conjunto de normas jurídicas previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional (regras e princípios) — seja como discurso abstrato (lei penal[2]), seja como argumento performativo (exercício do poder punitivo) —, que prescreve infrações penais (crimes e contravenções penais) e, consequentemente, comina e aplica as respectivas sanções (penas e medidas de segurança).

Portanto, ao identificar o direito como fenômeno linguístico, parece-nos mais apropriado apresentar o direito penal como uma moeda de duas faces: lei penal (dimensão abstrata) e exercício do poder punitivo (dimensão concreta).

Todavia, buscando maior clareza semântica e metodológica, sempre que nos propusermos a tratar isoladamente da lei penal ou do exercício do poder punitivo, nomeá-los-emos como tal. Sem embargo, as referências à *doutrina jurídico-penal* serão identificadas como *ciência* do direito penal.

Questão mais instigante, todavia, é a visualização das fronteiras entre os campos do *direito penal* e do *processo penal* no exercício real do poder punitivo. Tais quais irmãos siameses, não se admite a existência efetiva de um sem o outro. É por meio do processo penal que o Estado exerce a jurisdição criminal, devendo por missão constitucional assegurar ao réu os seus direitos fundamentais e garantias individuais no curso da apuração de um delito.

Portanto, a linguagem do direito penal somente se concretiza na forma do processo penal. O direito penal isolado do processo é apenas um discurso abstrato. A existência do processo penal é condição de possibilidade para que as normas penais sejam efetivamente empregadas na comunicação jurídica social. Assim, a aplicação concreta do direito penal pressupõe a forma do processo penal.

Ontologicamente, são formas autônomas de linguagem. Todavia, são funcionalmente dependentes. A evolução histórica das ideias de Francesco Carnelutti (1961) sobre a ciência processual penal ilustra o desenvolvimento da matéria e revela os desafios teóricos no reconhecimento da autonomia e relevância do processo penal no ordenamento jurídico.

---

[2] “Simplificadamente, o direito penal ou direito criminal é a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as respectivas sanções (penas e medidas de segurança)” (QUEIROZ, 2008, p. 5).

O jurista identificou a teoria do processo penal como a *cinderela* do direito. Em artigo publicado no ano de 1946 com o título *Cenerentola*[3], Francesco Carnelutti (1961, p. 15) narra a história de três irmãs que tiveram vidas distintas como metáfora da relação entre as ciências do direito penal, do direito processual penal e do direito processual civil. A ciência do processo penal teria sido submetida a uma infância e adolescência miserável. Ao contrário de suas outras duas belas e prósperas irmãs, teve que dividir durante muito tempo o mesmo quarto com a ciência do direito penal e usar os vestidos velhos da ciência do processo civil.

Nesse contexto, Francesco Carnelutti (1961, p. 15-18) descreve como a ciência do processo penal permaneceu como mero acessório dos estudos sobre direito penal — dividindo a "misma habitación" —, bem como permaneceu dependente dos conceitos mal importados da teoria do processo civil, devendo contentar-se com "los vestidos desechados por sus más afortunadas hermanas". Portanto, o processo penal demorou a alcançar autonomia e relevância científicas.

Com relação à ciência do direito penal, o jurista afirma que já à época não havia dificuldade em reconhecer a autonomia entre ambas. Não existe pena sem crime, nem crime sem processo. O reconhecimento oficial de um delito, acompanhado da respectiva sanção, não pode prescindir do processo penal. Todavia, não se confundem, pois — tal como lei penal e exercício do poder punitivo — crime e pena são duas faces de uma mesma moeda.

> Delito y pena son, precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz (Carnelutti, 1994, p. 16).

Por sua vez, a autonomia científica e dogmática do processo penal em relação à teoria do direito processual civil revela-se mais tormentosa. Ainda hoje há adeptos de uma *teoria geral do processo* que partem do pressuposto de que os

[3] Artigo publicado originalmente na *Revista di diritto processuale*, 1946, v. I, parte 1, p. 7378. Versão consultada em espanhol: CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1961.

elementos do processo civil poderiam ser transplantados de forma natural para a estruturação do processo penal.

Ocorre que, como reconheceu Francesco Carnelutti (1960, p. 42) em seus últimos estudos, ao contrário do processo civil — cuja essência é a existência de uma lide, caracterizada pelo conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida —, o processo penal revela natureza distinta em que a acusação não atua propriamente como interessada, mas via de regra age de ofício, e o acusado não pode abdicar da sua pretensão e renunciar à defesa.

Nesse passo, identifica a essência da diferenciação: o processo civil trata de relações patrimoniais, é o processo do *ter*; enquanto o processo penal trata da liberdade individual, é o processo do *ser*.

> El juez penal, como el juez civil, reconoce o debería reconocer a cada cual lo suyo; pero esto es su ser en lugar de su haber. En esta fórmula se ha terminado por desarrollar la distinción profunda entre los dos procesos, civil y penal, y no entre los dos derechos: en el civil se discute acerca del haber y en el penal acerca del ser (Carnelutti, 1961, p. 19).

Diante disso, o próprio Francesco Carnelutti[4] reviu seu posicionamento inicial sobre a submissão do processo penal à estrutura conceitual do processo civil, reconhecendo que teria equivocadamente procedido a uma analogia entre ambos ao propor a lide simultaneamente como conteúdo do processo penal e do processo civil.

No mesmo sentido, Marco Antonio Marques da Silva (2001, p. 127) identifica que as diferentes finalidades entre processo civil e processo penal impediriam a mera transposição de conceitos teóricos de uma ciência à outra, uma vez que os princípios específicos que regem o processo penal configuram obstáculo intransponível à criação de uma teoria geral do processo:

> A diversidade de finalidades do processo civil e do processo penal impede que haja a possibilidade de se transpor o conceito de parte do primeiro para o segundo. Além do que os princípios que regem o processo penal, principalmente o acusatório e o contraditório, tomam-se um obstáculo intransponível, de tal

[4] “Lo sono anzi quello che ha portato, da principio, all’estremo limite l’analogia tra processo penale e processo civile contenzioso quando ho posto la lite come contenuto del processo penale oltre che del processo civile” (Carnelutti, 1960, p. 39)

> modo que o conceito de parte no processo penal deve ser construído partindo-se de suas peculiaridades.

Uma vez fixadas as diferenças essenciais entre o processo penal e o processo civil, a tarefa que se segue é delimitar o alcance da expressão *processo penal* para os propósitos do presente trabalho.

No âmbito das ciências criminais, fato é que enquanto o direito penal material trata abstratamente da cominação de penas mediante a tipificação de condutas, o processo penal cuida da aplicação concreta de tais normas mediante a apuração individualizada dos fatos e a imputação subjetiva de responsabilidades.

Caberia ao processo penal, segundo Marco Antonio Marques da Silva (2001, p. 145), “servir de ponte entre o direito penal material e a realidade, que vai desde a suspeita de um fato criminoso até a condenação, uma vez constatada a existência do crime”.

No mesmo sentido, Claus Roxin, Gunther Artz e Klaus Tiedemann (2007, p. 145) partem da premissa segundo a qual o direito penal material é estático e o processo penal é dinâmico:

> É apenas no processo penal que o Direito Penal material é realmente aplicado, ou seja, é somente nele que é imposta a consequência jurídica cominada, isto é, a “pena” (ou também uma medida de reabilitação e de segurança). O processo penal, ante ao cumprimento dessa função, pode ser qualificado como “dinâmico” em relação ao Direito Penal que é mais estático.

Assim é que, para os propósitos deste trabalho, emprega-se o conceito *processo penal* como forma de linguagem destinada à *apuração* concreta de uma conduta individualizada mediante *aplicação das garantias constitucionais* ao investigado ou acusado. Trata-se de uma concepção de linguagem tomada a partir da perspectiva pós-estruturalista, construída performaticamente a partir da Constituição Federal, o que remete à concepção de Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 74) no sentido de que o processo penal seria *verdadeiro direito constitucional aplicado*.

Nesse sentido, o *processo penal* caracteriza o *elemento dinâmico* que exsurge da aplicação das garantias constitucionais durante a apuração individualizada

de uma conduta, visando a um juízo de verificação concreta da subsunção dos comandos materiais do direito penal: seja durante as investigações, seja efetivamente durante um processo penal[5].

Enquanto *instrumento apurador* de uma conduta, o processo penal assume a forma de procedimento desenvolvido em contraditório. A partir do sistema acusatório estruturado pela Constituição Federal, a marcha processual desenvolve-se mediante o confronto da hipótese acusatória com o exercício da ampla defesa diante de um juiz imparcial responsável pelo cumprimento das normas constitucionais e processuais (Prado, 2005).

Simultaneamente, como *instrumento garantidor* da aplicação das normas constitucionais ao imputado, o processo penal impõe o respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais como forma e condição para o exercício do poder punitivo: é apenas mediante o processo penal que se pode impor a prisão a alguém como sanção de natureza criminal.

Junto aos conceitos de direito e processo penal, exsurge o conceito de *política criminal* como o conjunto de princípios, procedimentos e recomendações por meio dos quais o Estado elabora, reforma e transforma a legislação criminal e os órgãos responsáveis por sua aplicação aos casos concretos (Batista, 2007, p. 34).

Por sua vez, a *criminologia* é apresentada por Edwin Hardin Sutherland (1978, p. 3) como o "campo de conhecimento sobre a delinquência juvenil e o crime enquanto fenômeno social, que inclui em seu escopo o processo de elaboração das leis, a violação às leis e a reação diante da violação das leis"[6].

A abordagem do presente trabalho alinha-se metodologicamente aos pressupostos teóricos de uma *criminologia crítica*, que tenha como objeto o sistema penal vigente em suas práticas reais e não se limite a uma função instrumental, auxiliar e legitimadora da lei penal. Alessandro Baratta (1981, p. 12) já identificava, em texto

---

[5] A união das duas etapas resulta na chamada "persecução criminal": "a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*" (Marques, 2003, p. 138).

[6] Tradução livre do autor, no original: "Criminology is the body of knowledge regarding juvenile delinquency and crime as social phenomena. It includes within its scope the process of making laws, of breaking laws, and of reacting towards the breaking of laws" (Sutherland, 1978, p. 3).

publicado na década de 1980, que uma abordagem crítica levaria a criminologia a "transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal".

Nossa proposta é adotar um olhar contemporâneo ao processo penal a partir da visão criminológica crítica inaugurada na obra C*riminologia Radical* de Juarez Cirino dos Santos (1981, p. 2, 36-40). Crítica "no sentido de tomar as coisas pela raiz", cujo compromisso primário seria "com a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder", através da identificação dos "conceitos na área do crime e do controle social mediante a crítica da ideologia dominante, como exposta e reproduzida pelas teorias tradicionais do controle social".

Diferente não haveria de ser, pois conforme sublinha Eugenio Raul Zaffaroni (1988, p. 21-22), "es incuestionable que cualquier criminología que pretenda recoger la realidad represiva latinoamericana debe ser crítica, al igual que la de cualquier área periférica", de modo que a tarefa mais importante de qualquer estudo criminológico deve ser "la crítica ideológica".

A criminologia crítica é capaz de ancorar o processo penal à realidade. Desse modo, a tese que seguirá pretende descortinar as práticas reais e os mecanismos concretos de exercício do poder punitivo com o propósito de construir um *modelo crítico*. Do contrário, o saber processual penal se reduziria a meras elucubrações teóricas e abstratas desvinculadas do universo real das condutas punitivas estatais.

Seguimos a proposta de Juarez Tavares (1980, p. 4-5) contra o "isolacionismo da ciência jurídico-penal", na tentativa de atribuir ao estudo da intervenção penal "os verdadeiros contornos de crítica social, necessária ao desmascaramento de posições inumanas e autoritárias, as quais, por via do raciocínio lógico, se apresentam, muitas vezes, como consequência natural do sistema posto."

Se já na década de 1980 o autor propunha a superação do isolacionismo penal, em sua obra *Fundamentos de teoria do delito (2018)* a proposta de revisitação crítica do direito penal é de libertação das amarras dogmáticas "sob a perspectiva de

que o direito penal, em vez de se alimentar das desgraças e sofrimentos, deve servir de instrumento de proteção da pessoa diante do Estado" (Tavares, 2018, p. 11).

Nesse contexto, pretende-se identificar o *sistema de justiça criminal* em uma dimensão real que transcenda os limites de uma abordagem meramente dogmática. Em busca de uma leitura crítica do fenômeno processual penal — enquanto elemento dinâmico da criminalização —, a metodologia empregada conjuga uma análise dos elementos jurídico-positivos e socioeconômicos[7] na tentativa de explicar as práticas reais vivenciadas contemporaneamente no Brasil.

Mais do que as concepções dogmáticas, interessa-nos conhecer a realidade do *sistema de justiça criminal brasileiro*, razão pela qual se destaca o conceito proposto por Rubens Casara (2017, p. 92):

> Por Sistema de Justiça Criminal entende-se o conjunto ordenado, ou propositalmente caótico, de agências estatais, leis, instituições, práticas e indivíduos unidos em torno do exercício do poder penal, isto é, do poder tanto de submeter o corpo quanto de determinar a conduta de outras pessoas.

Portanto, em atenção aos propósitos dessa tese, o *sistema de justiça criminal* pode ser definido como um mecanismo de controle social que opera a partir de um complexo estático de normas (direito penal) e um complexo dinâmico de funções e processos de criminalização (processo penal), orientados por uma ideologia dominante destinada a assegurar as condições infraestruturais de produção e distribuição de riquezas (política criminal).[8]

Concretamente, a estrutura que realiza a intervenção penal na contemporaneidade é estabelecida pelos aplicadores do direito — poder judiciário,

---

[7] "Entre os valores dominantes em nossa sociedade incluem-se: (a) os socioeconômicos; (b) o Direito. Tenho consciência de que existem também outros valores que deveriam ser considerados, mas, para os efeitos desta comunicação, devo limitar-me aos dois mencionados, que à primeira vista parecem ser da mesma natureza. A diferença, contudo é substancial. Os valores socioeconômicos (a) são de benefício direto aos grupos dominantes, mas o Direito (b) tem valor num nível subserviente: sua função é assegurar e preservar os valores dominantes primários em nossa sociedade. O valor b é portanto o asno sobre o qual o valor a cavalga" (Nagel, 1971, p. 74).

[8] "Como objeto de tal análise, o sistema não é unicamente o complexo estático das normas, mas um complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) para o qual concorre a atividade das diversas instâncias oficiais, desde a do legislador até a dos órgãos de execução penal dos mecanismos informais da reação social. É neste significado sociológico que se utiliza a seguir a expressão 'sistema penal'" (Barata, 1981, p. 12).

ministério público, polícias — em uma associação mutualística com o sistema midiático, que atuam na imposição e legitimação de sanções penais a uma parcela da sociedade (perseguidos) em benefício das classes superiores (protegidos).

Diante do quadro apresentado, o objetivo central da presente tese é investigar a reconfiguração da normalidade penal brasileira na década de 2010. A hipótese trabalhada é a de que o autoritarismo se expandiu, intensificando a repressão violenta aos grupos historicamente perseguidos e ampliando os alvos do sistema de justiça criminal para determinados grupos tradicionalmente protegidos. Nossa proposta é compreender esse fenômeno contemporâneo a partir de uma abordagem crítica.

Uma ciência crítica do sistema penal alinhada às ideias de Francisco Muñoz Conde (1979, p. 94)[9], que aponta a necessidade de se superar uma situação dualista entre a tendência criminológica — que se limitaria a analisar as causas do delito — e a concepção jurídico-dogmática — que se limitaria a interpretar e sistematizar normas jurídicas —, visando à construção de uma *visão totalizadora da realidade penal mediante a atitude crítica do penalista*.

Interessa-nos estudar o processo penal brasileiro na contemporaneidade no contexto de uma *ciência criminal crítica*, que — tão distante quanto possível de uma *esquizofrenia jurídica* que nos resumiria a cúmplices da classe dominante[10] — transcenda o discurso jurídico positivo mediante uma visão totalizadora da realidade social em busca da construção de uma *consciência criminal crítica*.

---

[9] Com a crítica, o penalista deixa de ser um mero instrumento a serviço do poder absoluto do Estado e se converte em um vigilante desse poder e do seu exercício. O penalista não só deve aceitar o Direito Penal, tal como é, como também e na medida em que o aceita, deve aceitá-lo para criticá-lo. Aceitar uma realidade, qualquer que seja, não quer dizer aceitá-la criticamente. A crítica supõe confrontar o objeto aceito e interpretado com o resto da realidade e nesta realidade entram também, certamente, outros tipos de considerações, políticas, sociais e psicológicas — além das puramente jurídicas, de que o penalista não pode prescindir.

[10] "Em resumo: é típico da atual Ciência do Direito Penal esquecer ou marginalizar os problemas políticos, econômicos e sociais em benefício dos puramente técnico-jurídicos ou dogmáticos. O penalista, diz-se, tem só que interpretar e sistematizar as leis penais vigentes; se estas leis são injustas, por exemplo, ou antidemocráticas, é algo, diz-se também, que não lhe compete. Produz-se assim uma espécie de esquizofrenia jurídica, podendo ser certo do ponto de vista jurídico o que é falso do ponto de vista político e vice-versa. A consequência desta visão esquizoide da realidade é a manipulação do penalista, fazendo dele um simples tecnocrata do Direito, quando não, um instrumento ou um cúmplice da classe dominante" (Conde, 1979, p. 96).

1. ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

1.1. Soberania e exceção

> *"La Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción."*
> — Carl Schmitt[11] —

A concepção clássica do termo *soberania* remete ao exercício do poder estatal sem nenhum equivalente na ordem interna e nenhuma entidade superior na ordem externa. No ano de 1576, em sua obra *Les Six Lívres de la République*[12], Jean Bodin inaugurou a moderna teoria do Estado ao formular a tradicional definição de soberania como *poder absoluto e perpétuo* de um Estado.

O autor destaca a importância de se abordar o conceito da soberania no estudo das formas de governo, "*porque, pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún jurisconsulto ni filósofo político la ha definido todavia*" (1997, p. 47).

Se à época nenhum *jurisconsulto* ou *filósofo político* havia tratado da soberania, o tema passou a ser elemento central nos estudos sobre o Estado moderno, que se seguiram no campo jurídico e político ao enfrentarem o desafio de identificar, legitimar e delimitar o poder soberano.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2008, p. 194) observa que o "conceito principal que os estudos jurídicos e políticos têm em comum é, em primeiro lugar, o

---

[11] SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 50.
[12] Nesse trabalho, foi utilizada a tradução para o espanhol: BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1997

conceito de poder". Todavia, constata a ausência de comunicação entre a filosofia do direito e a ciência política:

> Na interminável literatura politológica sobre o conceito de poder, raramente me aconteceu de encontrar referências à teoria do direito. Do mesmo modo, na Teoria Geral do Direito, raramente, poderia dizer nunca, aconteceu de encontrar uma referência às milhares de sutis e sofisticadas variações que sociológicos e politólogos desenvolveram sobre o conceito de poder nos últimos 30 anos. (Bobbio, 2008, p. 194)

Não obstante a falta de sintonia entre os estudos científicos no campo do direito e da política, a questão central do poder soberano é a própria relação entre norma e realidade. Em estudo preliminar que inaugura a tradução espanhola da obra de Jean Bodin *Les Six Lívres de la République*, Pedro Bravo Gala afirma que "*el problema cardinal de la soberanía reside en la unión de lo fáctico y lo jurídico o, si se prefiere, en la superación de la tensión existente entre el ser de la realidad y el deber ser de la norma*" (1997, p. LIV).

Ao tratar da impossibilidade de se condicionar o poder soberano a limites normativos prévios, Carl Schmitt remete à concepção tradicional do conceito de soberania formulado por Jean Bodin, para quem o poder do príncipe não estaria limitado a promessas antigas assumidas por ele mesmo ou convenções estabelecidas por seus antecessores.

Nesse ponto, a concepção de Jean Bodin sobre o poder soberano no século XVI serve de fundamento para que Carl Schmitt identifique a existência de situações ordinárias (em que o direito seria capaz de assegurar a ordem social) e situações extraordinárias (que justificariam a exceção como medida extrema):

> Pese a todo, sigue siendo válida la máxima según la cual el príncipe soberano puede, sin consentimiento de los súbditos, derogar las leyes que ha prometido y jurado guardar, si la justicia de ellas cesa. Cierto es que, en este caso, la derogación general no basta, si no hay derogación expresa. Pero si no hay justa causa para anular la ley que prometió mantener, el príncipe no puede ni debe ir contra ella. Tampoco está obligado a las convenciones y juramentos de sus predecesores, como no sea su heredero. (Bodin, 1997, p. 55)

Captando a essência que relaciona os elementos jurídico e político, Carl Schmitt (2009, p. 13) define a soberania como o monopólio de uma decisão final sobre a eficácia — em situações normais — ou a suspensão — diante de situações excepcionais — do ordenamento jurídico vigente, ao propor que “soberano é quem decide sobre a exceção”.

Trata-se de um poder exercido na forma de uma decisão que, em última instância, reconhece um cenário de normalidade no qual que as normas jurídicas pré-estabelecidas devem ser aplicadas regularmente, ou situações excepcionais em que tais normas devem ser suspensas para garantia da ordem.

Nesse sentido, Carl Schmitt alerta que a definição de soberania a partir da exceção é um *conceito limite*, que não representa as situações normais do cotidiano social, mas o *caso limite*. A soberania, portanto, não estaria nas normas jurídicas, mas na capacidade de decidir quando elas deveriam ser aplicadas.

Caberia à decisão soberana instaurar a ordem a partir do caos, criando um cenário capaz de possibilitar a retomada da normalidade social abalada por uma situação excepcional de crise. O caráter de provisoriedade desse estado de exceção atende a essa lógica, pois a suspensão do direito cessaria tão logo a crise fosse superada, possibilitando-se o funcionamento regular das instituições jurídicas.

Desse modo, o soberano *repousa* em situações ordinárias e *desperta* apenas em situações extraordinárias. Segundo a concepção schmittiana, a atividade essencial que caracteriza o poder soberano mantém-se apenas em estado potencial durante períodos de normalidade, despertando concretamente e transbordando todos os limites normativos diante de períodos de crise, para suspender a ordem jurídica em busca de uma suposta e declarada conservação do direito[13].

Parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico é sempre a forma jurídica prevista para determinadas circunstâncias identificadas como a normalidade fática. Portanto, não existiria um direito aplicável ao caos, situação que deve ser

[13] “La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación.” (Schmitt, 2009, p. 18).

resolvida por uma intervenção soberana que não se enquadra em limites normativos preconcebidos.

> La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple «supuesto externo» que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre «derecho de una situación». El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. El asume el monopolio de la última decisión (Schmitt, 2009, p. 18).

Sobre o pensamento schmittiano, Pedro Estevam Serrano (2016, p. 57) afirma que a soberania é conceituada a partir da exceção por se tratar do monopólio da decisão final, já que a concepção do fenômeno jurídico proposta por Carl Schmitt define o direito como instrumento útil apenas para reger a "vida social em sua normalidade cotidiana".

Avesso ao paradigma liberal, Carl Schmitt não enxergava os direitos individuais como limitação ao poder soberano. Segundo a teoria apresentada em *La dictadura [Die Dikatur, 1921]*[14], é possível que uma ditadura conviva harmonicamente com o direito, buscando cumprir a finalidade do ordenamento jurídico mesmo diante da suspensão ou anulação das suas normas.

Nesse sentido, Carl Schmitt (1999, p. 27) distingue as *normas de direito* das *normas de realização do direito*, associando essa dicotomia à admissão da forma ditatorial de governo, pois assume como premissa teórica que todo ordenamento jurídico é uma ditadura latente ou intermitente.

A possibilidade de ação do ditador não estaria condicionada por limites normativos, tendo como objetivo a eliminação dos obstáculos excepcionais para a plena efetivação do direito. Na definição schmittiana (1999, p. 37), o ditador "se define como un hombre que, sin estar sujeto al concurso de ninguna otra instancia, adopta

[14] A versão utilizada neste trabalho é a tradução para o idioma espanhol da terceira edição da versão original dessa obra [Die Dikatur, 1921] publicada no ano de 1964, pela editora Duncker & Humblot, de Berlim.

disposiciones, que puede ejecutar inmediatamente, es decir, sin necesidad de otros medios jurídicos".

Considerando-se a impossibilidade de a ordem normativa abarcar toda contingência real, a ditadura é a alternativa que se impõe diante da emergência. Assim, existiriam dois tipos de ditadura (Schmitt, 1999). De um lado, (i) a *ditadura comissária* seria um fenômeno provisório destinado a *restabelecer a ordem jurídica existente* ao propiciar o restabelecimento das condições normais para o desenvolvimento regular da normatividade. De outra parte, (ii) a *ditadura soberana* visa *estabelecer uma nova ordem jurídica* ao eliminar — e não suspender, como na ditadura comissária — a Constituição vigente, assumindo a forma de uma revolução que inaugura o exercício do poder constituinte originário.

Enquanto o ditador comissário suspende provisoriamente a Constituição para torná-la vigente num momento futuro após o restabelecimento da normalidade social, o ditador soberano age em caráter definitivo para abrogar a Constituição vigente e instaurar uma nova ordem social e jurídica.

Para Carl Schmitt (1982, p. 230), a democracia pressupõe a unidade do povo capaz de proporcionar a identificação com o governante. Para tanto, seria necessário haver homogeneidade do povo como pressuposto da unidade política. Um regime democrático não teria como pressuposto a liberdade dos cidadãos, mas igualdade política que implique a identidade entre dominantes e dos dominados, governantes e governados, dos que mandam e dos que obedecem.

> O fundamento da democracia na identidade e na homogeneidade do povo consiste no aspecto existencial da unidade política. Para Schmitt, o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial. No entanto, a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois, para Schmitt, a igualdade é política, portanto, discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo. A igualdade política da democracia deve corresponder ao princípio da homogeneidade a partir do qual e em nome do qual possa se estabelecer a distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo (Bercovici, 2004, p. 79).

Portanto, ao afastar a ideia de democracia representativa como liderança estatal, a formação do consenso democrático deve se dar pela identificação do seu povo com seu líder, assim como ocorre no âmbito familiar, em que a identificação carismática justifica a autoridade dos pais sobre os filhos. É o sentimento de *pertencimento* que fortalece os vínculos culturais de um povo e assegura sua força e homogeneidade (Serrano, 2016, p. 49).

Nesse passo, a formulação teórica de Carl Schmitt identifica-se com os ideais do regime nazista ao exigir a homogeneidade interna do povo na construção de uma identidade social com a pessoa do *Führer*. Assim, o regime conduzido por Adolf Hitler poderia ser enxergado segundo a visão schmittiana como ditadura comissária em que o ditador se apresenta como autoridade legítima para tomar as medidas necessárias visando à eliminação do inimigo e restabelecimento da homogeneidade social.

A essência da democracia para Carl Schmitt não diz respeito a mecanismos eleitorais dos representantes políticos ou à garantia de direitos fundamentais. Para o autor, o substrato democrático seria a *igualdade do povo* — assim entendida como *homogeneidade dos indivíduos* —, a ser obtida mediante a identificação e da eliminação do inimigo social, pois o inimigo divide o povo. Portanto, *a política assume a forma de combate ao inimigo público*.

1.1.1. O soberano contra o inimigo

> *"Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo".*
> — Carl Schmitt[15] —

[15] SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 2009, p. 56.

No século XX, prosperou a ideia de Carl Schmitt segundo a qual o guardião da Constituição seria o presidente — a quem caberia, portanto, o exercício do *poder soberano*. Nos regimes ditatoriais do mundo ocidental, o estado de exceção se materializou em governos do poder executivo cujos atos não se limitavam a qualquer ordem jurídica anterior, suspendendo-se a vigência dos direitos e garantias individuais contemplados na Constituição a pretexto de se combater provisoriamente um inimigo com apoio da força militar.

Para compreender a essência do estado de exceção na forma como concebido durante século XX, é necessário partir da teoria decisionista schmittiana sustentada na premissa de que o elemento que caracteriza a forma estatal é a *homogeneidade* social. Dessa forma, o Estado "representa un determinado modo de estar de un pueblo, esto es, el modo que contiene en el caso decisivo la pauta concluyente" (2009b, p. 49).

Na obra *O conceito do político [Der Begriff des Politischen*[16]*, 1932]*, Carl Schmitt desenvolve a noção segundo a qual a diferenciação entre *amigo e inimigo* é a essência da política. Nesse passo, a unidade do povo seria obtida a partir da homogeneidade e identidade social capazes de promover a distinção concreta entre *amigos e inimigos públicos*.

Isso posto, segue-se a questão: qual a justificativa do soberano para suspender o direito? A resposta de Carl Schmitt (1992) é o *combate a um inimigo que estaria dividindo o povo*. Se a distinção política específica capaz de unificar o povo e orientar todas as condutas políticas é a diferenciação entre *amigo e inimigo*, a justificativa para enfrentar a instabilidade social e restabelecer a normalidade, suspendendo o ordenamento jurídico a pretexto de salvá-lo, é especificamente o combate a este inimigo público.

Ao declarar a exceção, o soberano de Carl Schmitt estaria agindo em nome da conservação da ordem jurídica — que só poderia ser mantida em situações de

[16] Em busca da melhor tradução possível à obra *Der Begriff des Politischen* (1932), trabalhamos simultaneamente com as versões *El concepto de lo político* (2009b) e *O Conceito do Político* (1992), o que justifica o fato de ora remetermos à tradução no idioma espanhol e ora à tradução em português.

normalidade social — através da própria *suspensão* normativa, destinada a *combater o inimigo* que dividiria o povo, impedindo a vigência do ordenamento jurídico normal. Portanto, o estado de exceção schmittiano justifica-se pelo propósito declarado de restabelecer a homogeneidade social mediante a eliminação do inimigo, servindo como referente científico capaz de legitimar os governos autoritários no século XX.

A proposta inicial de Carl Schmitt (1992) era identificar a essência da política. Partindo da premissa de que o Estado é o status de um povo caracterizado pela homogeneidade social, busca conceituar o elemento estritamente político a fim de tornar clara a especificação da atividade política em relação às demais instâncias estatais (sejam elas religiosas, culturais, econômicas, jurídicas, científicas etc.).

Nesse sentido, a tese apresentada pelo autor é a de que a distinção especificamente política é a *discriminação entre amigo e inimigo* (Schmitt, 1992). Deve-se ter em mente que a concepção de democracia schmittiana fundamenta-se na ideia de igualdade e não está orientada pelos valores de liberdade, pluralismo ou representatividade. Assim, a igualdade somente seria possível numa comunidade homogênea e unida.

Ao conceituar a política como ato de definição do amigo e do inimigo, o autor concentra o desenvolvimento teórico na figura do inimigo. Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a teoria política schmittiana se resumiria praticamente a uma teoria do inimigo:

> Mais ainda, em Schmitt, guerra e política superpõem-se, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, porque exige que todos se unam frente ao *inimigo* e não lutem entre si. Daí que a teoria da política de Schmitt, embora sustente a sua famosa polaridade, não se ocupa do *amigo* nem da *amizade*, sendo praticamente uma *teoria do inimigo* (Zaffaroni, 2007, p. 139).

O inimigo dividiria o povo, razão pela qual a essência da política seria diferenciar amigo e inimigo com objetivo de preservar a homogeneidade social. A identificação do inimigo não deveria se orientar por afinidades pessoais, mas objetivamente pelo grau de ligação do povo. O inimigo não precisaria ser odiado

pessoalmente, não seria o mero adversário ou concorrente, tampouco há valoração moral sobre a sua personalidade.

Para Carl Schmitt (2009b, p. 58), o inimigo a ser eliminado é o *outro*, o diferente, o estrangeiro, aquele em relação ao qual sempre haverá projeção de um potencial conflito simplesmente por serem quem são. Interessa à política o combate do inimigo público, conceito que remete ao *hostis* e não ao *inimicus*.

> Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter *público*. Enemigo es en suma *hostis*, no *inimicus* en sentido amplio.

A distinção romana entre *inimicus* e *hostis* é detalhada por Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 21-22), ao retomar a distinção romana mediante a qual o "*inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade".

Mais especificamente, o conceito de inimigo em questão amolda-se à categoria do *hostis juidicato*. No direito romano, cabia ao Senado assim declarar o cidadão que ameaçasse a segurança da República, apontando-o como hostis, ou seja, um inimigo público. Não se tratava simplesmente de um inimigo estrangeiro, que ainda gozava de alguma proteção jurídica, mas alguém "radicalmente privado de todo estatuto jurídico e podia, portanto, em qualquer momento, ser destituído da posse de seus bens e condenado à morte" (Agamben, 2007a, p. 122-123).

> O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos *dissidentes* ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de *inimigos declarados*, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os *declara* como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder. A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram

> vedadas para os cidadãos. A subtração à condenação judicial mediante a expatriação fazia cessar automaticamente também a condição de cidadão (Zaffaroni, 2007, p.23).

Assim, o conceito específico que caracteriza o elemento político seria a diferenciação entre amigo e inimigo. Se o Estado é a unidade de uma comunidade homogênea, política é toda ação determinada pela identificação do inimigo público — assim entendido como aquele que divide o povo — e orientada de acordo com a possibilidade real de uma guerra visando à eliminação desse inimigo.

Para Carl Schmitt, o estado de exceção não se confunde com a anarquia ou o caos, pois seu objetivo declarado seria o próprio restabelecimento da ordem jurídica mediante a instauração de uma *nova ordem* emergencial pelo poder soberano. As medidas impostas pelo ditador transcenderiam os limites jurídicos, uma vez que não responderiam a normas jurídicas pré-estabelecidas. No estado de exceção schmittiano, o que está em jogo é a eliminação de um inimigo cuja presença estaria comprometendo a homogeneidade social enquanto estrutura essencial do Estado.

Diante disso, estruturam-se diversas questões a partir da própria noção de soberania. Na frase que inaugura a obra *Teologia Política [Politische Theologie, 1922]*, o autor demonstra a intrínseca relação entre exceção e soberania em sua tradicional definição sobre o soberano como aquele que “decide sobre o estado de exceção” (2009, p. 13).

A partir desse conceito schmittiano de soberania, Giorgio Agamben desenvolve sua obra *Estado de exceção [Stato di eccezione, 2003]* em continuação ao livro *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I [Homo sacer – Il potere sovrano e la nuda vita I, 1995]*. Embora reconheça que a contiguidade essencial entre soberania e exceção tem sido amplamente discutida e comentada com fundamento na obra de Carl Schmitt, o autor denuncia a inexistência de uma teoria do estado de exceção no direito público (Agamben, 2007a, p. 11).

No limite da intersecção entre o jurídico e o político, Giorgio Agamben (2007a) caracteriza o estado de exceção como a *forma legal daquilo que não pode ter forma legal*, um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo que tende

cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política atual, uma *terra de ninguém* entre o direito público e o fato político.

> O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (Agamben, 2007a, p. 13).

Interessa-nos especialmente demonstrar que os regimes ditatoriais no mundo ocidental do século XX adotaram exatamente esse discurso da exceção enquanto *suspensão formal* do ordenamento jurídico a pretexto de se combater um inimigo e restabelecer a normalidade social.

O estado de exceção estudado cientificamente e vivido politicamente durante o século XX identificava-se como suspensão provisória do ordenamento jurídico, seguida do reconhecimento de poderes ilimitados juridicamente aos governantes, com objetivo específico de eliminar um inimigo público responsável pela desestabilização social caracterizada por uma ameaça à unidade do povo.

Para Carl Schmitt, o soberano teria o monopólio da decisão final ao identificar a situação de normalidade — na qual o ordenamento jurídico teria plena aplicabilidade — ou a situação de emergência, durante a qual caberia ao poder soberano restabelecer a ordem declarando a exceção, de modo que essa exceção não apenas confirmaria a regra, mas seria mesmo condição de validade de toda norma jurídica.

Partindo da premissa segundo a qual a vigência das normas gerais pressuporia um ambiente socialmente homogêneo, o autor conclui que o ordenamento jurídico não teria eficácia no caos, razão pela qual o soberano deveria agir em nome da ordem e da conservação do próprio direito.

Pretende-se articular o estado de exceção à ordem jurídica. Apesar da exceção se manifestar pela suspensão do ordenamento jurídico, escapando em sua

dimensão plenamente factual a qualquer regulamentação normativa, o autor refuta qualquer possibilidade de associação entre estado de exceção e anarquia ou caos, pois no estado de exceção “ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica” (Schmitt, 2009a, p. 17).

Para compreender o tipo de *ordem* tratada pela teoria schmittiana do estado de exceção, é necessário retomar a distinção entre *normas de direito* e *normas de realização do direito* no contexto de um fenômeno que descreve como *ditadura comissária*:

> El que toda dictadura contiene una excepción a una norma no quiere decir que sea una negación causal de una norma cualquiera. La dialéctica interna del concepto radica en que mediante la dictadura se niega precisamente la norma cuya dominación debe ser asegurada en la realidad político-histórica. Entre la dominación de la norma a realizar y el método de su realización puede existir, pues, una oposición. Desde el punto de vista filosófico-jurídico, la esencia de la dictadura está aquí, esto es, en la posibilidad general de una separación de las normas de derecho y las normas de la realización del derecho (Schmitt, 1999, p. 26).

O pressuposto teórico é que o ordenamento jurídico só poderia ser aplicável em situações de normalidade social, pois o regime democrático não teria como pressuposto a liberdade dos cidadãos, mas a igualdade política representada pela identidade entre dominantes e dos dominados, governantes e governados, dos que mandam e dos que obedecem (Schmitt, 1982, p. 230).

Na ditadura comissária proposta por Carl Schmitt (1921), o objetivo legitimador do poder ditatorial consiste em *restabelecer uma ordem jurídica pré-existente* mediante a recuperação da normalidade social capaz de possibilitar novamente a vigência de um determinado ordenamento jurídico, cuja aplicabilidade houvera sido comprometida por uma situação emergencial de instabilidade social.

A instabilidade social na visão schmittiana seria causada pelo abalo da homegeneidade social, assim enxergada como a identidade do povo com seus semelhantes e com as suas lideranças. Portanto, o princípio da homogeneidade para Carl Schmitt implica a identificação de um inimigo público, de modo que se possa fixar a distinção entre cidadão e estrangeiro, iguais e desiguais, amigos e inimigo.

> O fundamento da democracia na identidade e na homogeneidade do povo consiste no aspecto existencial da unidade política. Para Schmitt, o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial. No entanto, a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois, para Schmitt, a igualdade é política, portanto, discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo. A igualdade política da democracia deve corresponder ao princípio da homogeneidade a partir do qual e em nome do qual possa se estabelecer a distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo. (Bercovici, 2004, p. 79).

Dessa forma, ao admitir a ditadura comissária como forma legítima de restabelecimento da essência normativa do ordenamento jurídico, Carl Schmitt (1999, p. 27) reconhece que “todo ordenamiento jurídico es simplesmente una dictadura, latente o intermitente”.

Por outro lado, segundo Giorgio Agamben (2007a, p. 67) o arquétipo desse estado de exceção não seria a ditadura, mas o instituto do direito romano denominado *iustitium.* Tal seria a forma paradigmática originada pelo estado de exceção, “um modelo em miniatura para tentar explicar as aporias que a teoria moderna do estado de exceção não consegue resolver”.

A característica essencial do estado de exceção é apontada como a criação de um *vazio jurídico*, um espaço onde o ordenamento jurídico não se aplica, uma zona de anomia em que o poder não está regulado normativamente. Declarar a exceção equivaleria a excluir uma situação dos limites jurídicos, mediante a suspensão do ordenamento. Um vazio onde não há direito, mas apenas poder. Não há limites previamente estabelecidos, mas decisões de um soberano que governa absoluto a pretexto de combater um inimigo para restabelecer a normalidade social.

Nesse contexto, a aproximação do estado de exceção com o *iustitium* se dá na medida em que a proclamação desse instituto no direito romano era precedida por um decreto que declarava o *tumultus* (uma situação de emergência provocada por uma guerra externa, insurreição ou guerra civil) e por uma decisão do Senado na forma de um *consultum* (que autorizava a prática de qualquer medida necessária para a salvação do Estado romano).

Portanto, ao articular uma situação de necessidade à suspensão do ordenamento jurídico, o *iustitium* romano originava um vazio jurídico por meio da "interrupção, suspensão do direito" como produto de "quase um intervalo e uma espécie de cessação do direito" (Agamben, 2007a, p. 68).

> Antes de tudo, o *iustitium*, enquanto efetua uma interrupção e uma suspensão de toda ordem jurídica, não pode ser interpretado segundo o paradigma da ditadura. Na constituição romana, o ditador era uma figura especifica de magistrado escolhido pelos cônsules, cujo *imperium*, extremamente amplo, era conferido por uma *lex curiata* que definia seus objetivos. No *iustitium*, ao contrário (mesmo quando declarado por um ditador no cargo), não existe criação de nenhuma nova magistratura; o poder ilimitado de que gozam de fato *iusticio indicto* os magistrados existentes resulta não da atribuição de um *imperium* ditatorial, mas da suspensão das leis que tolhiam sua ação (Agamben, 2007a, p. 74-5).

Dessa forma, o *iustitium* seria a gênese do estado de exceção enquanto paradigma de governo dominante no século na forma de um espaço anômico, afastando-se do paradigma ditatorial notadamente ao destacar que Benito Mussolini e Adolf Hitler não podem ser tecnicamente considerados ditadores, pois o primeiro era o chefe do governo legalmente investido no cargo, enquanto o segundo era o chanceler do Reich, nomeado pelo legítimo presidente do Reich.

Especificamente sobre essa confusão conceitual entre estado de exceção e ditadura, Giorgio Agamben (2007a, p. 75) direciona crítica contundente ao pensamento de Carl Schmitt ao afirmar que se tratou de um artifício teórico facilitador:

> O fato de haver confundido estado de exceção e ditadura é o limite que impediu Schmitt, em 1921, bem como Rossiter e Friedrich depois da Segunda Guerra Mundial, de resolver as aporias do estado de exceção. Em ambos os casos, o erro era interessado, dado que, com certeza, era mais fácil justificar juridicamente o estado de exceção inscrevendo-o na tradição prestigiosa da ditadura romana do que restituindo-o ao seu autêntico, porém mais obscuro, paradigma genealógico no direito romano: o *iustitium"*.

Apesar da divergência entre Carl Schmitt e Giorgio Agamben em relação à concepção histórica que serve como paradigma para ilustrar o estado de exceção — ditadura ou *iustitium* —, ambos identificam a declaração da exceção como suspensão

da ordem jurídica posta por uma decisão soberana com o propósito declarado de *combater um inimigo*.

1.1.2. Do milagre à catástrofe

> *"A situação excepcional tem para a jurisprudência o mesmo significado que o milagre para a teologia".*
> — Carl Schmitt[17] —

> *"Como vimos, Walter Benjamin utiliza também a alegoria do trem, mas para invertê-la dialeticamente: o trem da história avança em direção ao abismo, a revolução é a interrupção dessa viagem rumo à catástrofe".*
> — Michael Löwy[18] —

Durante o século XX, a decisão soberana foi monopolizada pelo poder executivo. Para Giorgio Agamben (2007a, p. 18), a transformação dos regimes democráticos no período entre as duas guerras mundiais demonstraria que o estado de exceção tem se apresentado mais como técnica de governo do que como medida excepcional, bem como tem se revelado como paradigma constitutivo da ordem jurídica.

Especificamente em relação aos regimes nazifascistas e ditaduras militares do século XX, Pedro Estevam Serrano (2016, p. 167) destaca seus pontos de convergência na forma de um Estado de polícia que exerce poder ilimitado a pretexto de preservar a sobrevivência da sociedade ao afastar o inimigo:

---

[17] SCHMITT, Carl. Teología Politica. Madrid: Trotta, 2009, p. 13-17.
[18] Löwy, Michael. *Walter Benjamin: Aviso de incêndio*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 155.

> Historicamente, ao longo das ditaduras nazista, fascista e das ditaduras militares na América Latina, dentre outras conhecidas, sobretudo, no século XX, a provisoriedade e a temporariedade que justificaram o Estado de exceção como mecanismo de combate ao inimigo que ameaçava a sobrevivência da sociedade e do Estado só se efetivou no discurso, pois, na realidade, duraram longos períodos históricos e seus ditadores muitas vezes morreram antes mesmo do restabelecimento da ordem democrática. Esses elementos – exceção à rotina constituída pela suspensão total ou parcial dos direitos fundamentais; pessoas humanas tratadas como inimigas do Estado e consequente combate ao inimigo como justificação da exceção – estiveram presentes em praticamente todas as experiências de Estado de polícia e de exceção no século XX. Nas ditaduras e Estados de exceção, há um Estado autoritário claro, um Estado de polícia inequívoco, um poder político exercido de forma bruta.

Dialogando com o pensamento agambeniano, Willis Santiago Guerra Filho (2010, p. 22) afirma que, ao contrariar a essência do Estado de Direito, as práticas do estado de exceção originariam um *Estado de não-direito*:

> O que não haveria outro modo de qualificar, se não pelo oxímoro "Estado de não-direito", é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos, donde apresentar-se, paradoxalmente, como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal, com a possibilidade aterrorizante de, a qualquer momento, qualquer um vir a ser tratado, pelos concidadãos ou agentes públicos, como os antigos romanos tratavam aqueles a quem imputavam a condição de *homo sacer*.

O ponto central da teoria do estado de exceção no século XX é a forma de uma *decisão que cinde a norma de sua aplicação*. Esse fenômeno de isolamento da força normativa da própria lei — separação entre vigência e aplicação, divórcio entre norma abstrata e realização concreta —, daria ensejo a uma zona anômica onde o elemento jurídico assume a forma de *força de lei sem lei*. Esse fenômeno é o que Giorgio Agamben (2007a, p. 61) denominou "*força-de-~~lei~~*".

Como paradigma de governo dominante na Europa e América Latina, vimos que o estado de exceção caracterizou-se pela suspensão formal do ordenamento jurídico mediante uma decisão soberana do chefe do poder executivo cujo propósito declarado seria o combate provisório de um inimigo social. Uma vez trabalhada a estrutura geral do estado de exceção à época dos governos ditatoriais do século XX,

a tarefa que se segue é identificar as implicações concretas dessa decisão na forma jurídica.

Ao partimos da premissa de Giorgio Agamben (2007b, p. 25) segundo a qual “a norma se aplica à exceção desaplicando-se”, a questão que se coloca é: como explicar a ocorrência desse fenômeno aparentemente paradoxal de um ordenamento jurídico que inclui elementos sociais através da exclusão? A resposta é a separação entre a norma e sua aplicação.

Nas palavras do autor, a proposta de enquadrar juridicamente o estado de exceção configura uma *articulação paradoxal*,

> pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica (donde a formulação aporética: ‘Em sentido jurídico [...], ainda existe uma ordem, mesmo não sendo ordem jurídica’) (Agamben, 2007a, p. 56).

Para compreender essa articulação paradoxal, devemos recuperar duas premissas levantadas por Carl Schmitt e exploradas em linhas anteriores desse trabalho: (i) o estado de exceção não se confunde com a anarquia ou o caos, pois visa essencialmente o restabelecimento da ordem jurídica mediante a instauração de uma *nova ordem* pelo soberano; e (ii) as medidas impostas pelo ditador transcendem o âmbito das normas jurídicas pré-estabelecidas, pois destinam-se especificamente à eliminação de um inimigo que compromete a homogeneidade social.

Às duas proposições em questão, deve ser acrescentada uma terceira noção: (iii) o estado de exceção promoveria a separação entre a *norma* e sua *aplicação*, a pretexto de preservar a existência normativa por meio da concreta suspensão ou anulação provisória do ordenamento durante o período de combate ao inimigo, visando ao restabelecimento da normalidade social.

Portanto, a partir de uma decisão soberana que cinde ficticiamente a norma de sua aplicação, cria-se uma área onde apenas a aplicação normativa seria suspensa, mas a lei como tal permanecia em vigor. Separa-se a força da lei, durante o estado de exceção não se aplicaria o texto normativo e sim as decisões concretamente postas pelo soberano. Ao ser suspenso, o ordenamento jurídico —

embora virtualmente permanecesse em vigor — cederia a sua força de lei aos atos do poder executivo.

Para Giorgio Agamben (2007a, p. 61), "tal 'força-de-~~lei~~', em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *ficticio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia". Ou seja, a "força-de-~~lei~~" seria o resultado do isolamento da "força-de-lei" em relação à própria lei.

> O conceito de "força de lei", como termo técnico do direito, define assim uma separação entre a eficácia da lei e sua essência formal, separação pela qual os decretos e as medidas que não são formalmente leis adquirem no entanto sua força. Essa confusão entre os atos do Poder Executivo e os do Legislativo é uma das características essenciais do estado de exceção (o caso-limite é o regime nazista, no qual, como Eichmann não cessava de repetir, "as palavras do Führer têm força de lei"). Mas, de um ponto de vista técnico, a particularidade do estado de exceção não é tanto a confusão dos poderes quanto o isolamento da força de lei da lei. O estado de exceção define um regime da lei no qual a norma vale, mas não se aplica (porque não tem força), e atos que não possuem o valor de lei adquirem sua força. Isso significa que, no caso-limite, a "força de lei" flutua como um elemento indeterminado que pode ser reivindicado ora pela autoridade do Estado, ora pela autoridade de uma organização revolucionária (Guerra Filho, 2006, p. 77).

Através do conceito "força-de-~~lei~~", coloca-se a seguinte situação: de um lado, a norma estaria em vigor, mas não se aplicaria; de outro, atos que não têm natureza de lei passariam a adquirir sua "força". Nesse estado de coisas, as normas jurídicas cedem sua força — aplicabilidade, *vis obligandi* — a atos que não possuem caráter normativo.

Uma norma que vale, mas não se aplica, diante de atos que não são leis, mas gozam de força normativa. "As palavras do Führer têm força de lei", foi a frase repetida à exaustão por Eichmann. É essa perspectiva extrema do regime nazista que demonstra a confusão concreta entre os atos legislativos e executivos, capturando a essência do estado de exceção no século XX.

> In Jerusalem, confronted with documentary proof of his extraordinary loyalty to Hitler and the Führer's order, Eichmann

> tried a number of times to explain that during the Third Reich 'the Führer's words had the force of law' (Führerworte haben Gesetzeskraft), which meant, among other things, that if the order came directly from Hitler it did not have to be in writing (Arendt, 1963, p. 129).

Nesse cenário, a capacidade de criar obrigações vinculantes seria transferida da lei para atos do poder executivo. O direito perderia eficácia com a decisão soberana que declara a exceção, abrindo-se uma lacuna fictícia na ordem jurídica onde uma potência anômica passa a governar.

A decisão soberana que declara a exceção revelaria, portanto, a "abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-~~lei~~ realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa" (Agamben, 2007a, p. 63). Com pura "força-de-~~lei~~" — força normativa sem forma legislativa correspondente —, as normas cuja aplicação fora suspensa aplicam-se pela própria desaplicação.

O soberano não decidiria sobre o lícito ou o ilícito, mas sobre a estruturação normal das relações sociais. Ao fazê-lo, declara a exceção e anula a própria força normativa da ordem jurídica, assumindo para si a prerrogativa de impor coercitivamente a sua vontade sem qualquer limitação previamente estabelecida. Isso tudo sem revogar formalmente a Constituição Federal, que — tal qual a Constituição de Weimar durante o regime nazista — permaneceria suspensa.

Em síntese, para Giorgio Agamben o estado de exceção seria um vazio normativo autoritário ocupado por atos concretos do poder soberano. Tais atos teriam "força-de-~~lei~~": ou seja, apenas a força — e não a forma — da lei. A decisão soberana, portanto, inauguraria "um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, se escrita: força-de-~~lei~~)" (Agamben, 2007a, p. 61).

Portanto, os regimes ditatoriais no mundo ocidental do século XX adotaram o discurso da exceção enquanto *suspensão formal* da ordem jurídica posta, acompanhada de um discurso do combate provisório de um inimigo com objetivo declarado de restabelecer a normalidade social.

Claro está que o soberano transcende a ordem jurídica, desativando o direito — em tese, provisoriamente — com o objetivo de eliminar o inimigo e restaurar

a homogeneidade do povo. Na condição de depositário da confiança social legitimado pela aclamação pública, o soberano assumidamente viola o direito a pretexto de salvá-lo através da restauração da ordem.

Combater o inimigo e restaurar a ordem: qual o paradigma teológico dessa decisão que instaura a exceção? Segundo a perspectiva schmittiana, o estado de exceção estaria para o universo político assim como o *milagre* está para a teologia. Nesse passo, o milagre soberano estrutura-se na crença de que o combate ao inimigo salvaria o ordenamento jurídico mediante a sua própria suspensão.

> El estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología. Sólo teniendo conciencia de esa analogía se llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas en los últimos siglos. Porque la idea del moderno Estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, con una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales Implícita en el concepto del milagro y producido por intervención di recta, como tampoco admiten la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente. (Schmitt, 2009a, p. 37)

Assim como excepcionalmente Deus interviria no mundo mediante *milagres* para salvar a humanidade, o soberano deveria agir declarando *estado de exceção* para garantir a unidade política do povo. Estado de exceção e milagre se aproximam na teologia política schmittiana como formas de rompimento da ordem vigente com a justificativa da salvação universal.

Portanto, a suspensão do ordenamento jurídico no estado de exceção estaria para a teoria política no mesmo plano da decisão divina para a teologia, na medida em que "a decisão soberana é começo absoluto, em que a criação da ordem a partir do nada estabelece e expressiva aproximação entre o soberano e Deus" (Dymetman, 2001, p. 120).

Nesse ponto, a crítica bem construída a respeito da concepção schmittiana sobre estado de exceção é obra de Walter Benjamin. Partindo da secularização de conceitos teológicos, enquanto Carl Schmitt identifica a decisão soberana sobre a exceção como *milagre*, é Walter Benjamin que demonstra ser a declaração do estado de exceção a própria *catástrofe*.

A decisão soberana que suspende o direito e se propõe a *salvar* a essência do ordenamento jurídico visa apenas à manutenção da ordem exploratória e dominadora. Com efeito, a resposta benjaminiana desnuda essa decisão da roupagem meramente retórica que se anuncia como salvação, expondo o seu verdadeiro conteúdo: *impedir a revolução*.

> Casos extremos, Carl Schmitt, jurista constitucional do nacional socialismo e Walter Benjamin, herói solitário da resistência alemã, têm obras ironicamente entrelaçadas. Num jogo de inversos, aproximam-se sobretudo na crítica política: Schmitl, radicalmente contra a democracia liberal e a social-democracia e Benjamin, que na luta política contra o fascismo critica a esquerda social-democrata no poder e, por extensão, o liberalismo e o Estado de direito. Seus registros, entretanto, diferem. O cerne da crítica schmittiana está na questão da governabilidade, enquanto em Benjamin é a revolução que paira no horizonte, no sentido anárquico da eliminação e superação do Estado e do direito (Dymetman, 2001, p. 117).

Para compreender a proposta de Walter Benjamin, é preciso retomar a leitura de suas *Teses sobre o conceito da história [Über den Begriff der Geschichte, 1940]*. Em especial, as teses VIII e IX sintetizam o modo pelo qual o autor enxerga o "verdadeiro estado de exceção" como forma da sociedade ideal, em contraposição ao discurso do "progresso social" que apenas mascara as relações de dominação.

> Tese VIII: A tradição dos oprimidos nos ensina que o "estado de exceção" no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. — O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos "ainda" sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história donde provém aquele espanto é insustentável (Benjamin, 1940 *apud* Löwy, 2005, p. 82).

A tese VIII é o ponto central da obra de Walter Benjamin para compreender a sua abordagem sobre o estado de exceção. Viveríamos num "estado de exceção" fictício que se tornou a regra e, no momento em que a história se desse conta disso, perceberíamos que nossa tarefa seria originar um "verdadeiro estado de exceção".

Mas, afinal, o que seria esse *verdadeiro estado de exceção*? Michael Löwy resgata um conto do autor intitulado *Observando o corso passar [En regardant passer le corso, 1920]* em que associa a concepção de um estado de exceção utópico a festas populares como o carnaval, período durante o qual as classes sociais inverteriam os papéis.

> O carnaval é um estado de exceção. Um derivado dos antigos saturnais durante os quais o superior e o inferior trocavam de lugar e em que os escravos eram servidos por seus senhores. Ora, um estado de exceção não pode ser definido precisamente, senão em oposição total a um estado ordinário (Benjamin, 1920 *apud* Löwy, 2005, p. 86).

Assim, o produto de um verdadeiro estado de exceção seria a sociedade sem classes, onde não existiriam superiores nem inferiores, a abolição da exploração e da dominação social. Não apenas um intervalo carnavalesco, pois quando termina a festa volta-se à hierarquia social exploratória. Enquanto a sociedade lutar em nome do “progresso”, as relações de dominação apenas prosseguirão no contexto de um estado de exceção fictício e permanente.

A crítica de Walter Benjamin é contra a doutrina progressista que encaravam o progresso histórico como evolução em nome de liberdade, democracia e paz. Em sentido contrário, o autor demonstra que a história da humanidade é dominação, opressão, barbárie e violência dos vencedores. A decisão soberana sobre o estado de exceção proposta por Carl Schmitt seria apenas um instrumento dessa violência.

> Tese IX: Existe um quadro de Klee intitulado “Angelus Novus". Nele está representado um anjo, que parece estar a ponto de afastar-se de algo em que crava o seu olhar. Seus olhos estão arregalados, sua boca está aberta e suas asas estão estiradas. O anjo da história tem de parecer assim. Ele tem seu rosto voltado para o passado. Onde uma cadeia de eventos aparece diante de nós, ele enxerga uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros sobre escombros e os arremessa a seus pés. Ele bem que gostaria de demorar-se, de despertar os mortos e juntar os destroços. Mas do paraíso sopra uma tempestade que se emaranhou em suas asas e é tão forte que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, para o qual dá as costas, enquanto o amontoado de escombros diante dele cresce até o

> céu. O que nós chamamos de progresso é essa tempestade (Benjamin, 1940 *apud* Löwy, 2005, p. 87).

Deve-se ler a tese IX em continuação à proposta colocada na tese imediatamente anterior. A alegoria benjaminiana retrata o anjo da história impotente diante da tempestade que o lança para o futuro, enquanto lamenta a catástrofe diante dos escombros que temos produzido. A tempestade é o progresso, responsável pela catástrofe que nos massacra. O anjo gostaria de parar a história e nos tirar dos escombros, mas é impedido pela tempestade do progresso.

A partir dessa alegoria sobre o anjo da história, pode-se compreender a visão de mundo com que Walter Benjamin desnuda as relações de dominação ao longo da história. Desmistificando o progresso como salvação, o autor retrata a catástrofe produzida pelas medidas autoritárias produzidas em nome da ordem.

> Para Benjamin é impossível transformar o Estado: sua negação do Estado é radical. Jusnaturalismo e juspositivismo não resolvem a questão da violência como origem do direito. E é justamente na paz, quando se celebra o fim de um conflito, que a violência como fim natural se revela: *Gewalt,* expressão da força e do exercício de violência, cumpre assim seu "ciclo" histórico, impondo seu domínio na forma do direito. Na guerra, vale o mesmo princípio que na greve: a cerimônia de paz é marca e sanção da vitória, para o "reconhecimento de um novo direito" que prolonga a violência da guerra. Trata-se da violência fundadora do direito, onde o militarismo confirma o uso compulsório da violência como meio, a serviço dos fins jurídicos do Estado e onde o serviço militar obrigatório é um agente conservador do direito. A violência conservadora do direito é extremamente ameaçadora; não tanto pela intimidação que produz como por sua perpetuação (Dymetman, 2001, p. 128).

Como, então, deter a tempestade e interromper o progresso? Michael Löwy enxerga uma dupla resposta na obra benjaminiana: religiosa e profana. Segundo uma perspectiva teológica, seria tarefa do *Messias*; enquanto seu equivalente profano seria a *revolução*. Nesse sentido, a "interrupção messiânica/revolucionaria do Progresso é, portanto, a resposta de Benjamin às ameaças que fazem pesar sobre a espécie humana a continuação da tempestade maléfica, a iminência de catástrofes novas" (Löwy, 2005, p. 93).

Se Karl Marx havia comparado as revoluções à locomotiva da história, Walter Benjamin questiona se a realidade não estaria a nos mostrar exatamente o contrário, de modo que as revoluções seriam — não a locomotiva, o progresso, mas — o ato de puxar os freios de emergência desse trem que nos levaria diretamente ao precipício[19].

> A imagem sugere, implicitamente, que se a humanidade permitir que o trem siga seu caminho — já inteiramente traçado pela estrutura de aço dos trilhos — se nada vier interromper seu curso vertiginoso, vamos rápida e diretamente para o desastre, o choque ou a queda no abismo. Somente o Messias poderá fazer o que o Anjo da História é impotente para realizar: deter a tempestade, cuidar dos feridos, ressuscitar as mortos e rejuntar o que foi quebrado [...]. E qual é o correspondente político dessa restituição mística, desse restabelecimento do paraíso perdido, desse reino messiânico? A resposta se encontra nas notas preparatórias: "É preciso restituir ao conceito de sociedade sem classes seu verdadeiro caráter messiânico, dentro do próprio interesse da política revolucionária do proletariado"; porque somente quando se dá conta de seu significado messiânico é que se pode evitar as armadilhas da ideologia "progressista" (Löwy, 2005, p. 94)

O reino messiânico seria a sociedade sem classes, produto que só poderíamos alcançar mediante a revolução. Ao constatar que a essência do ordenamento jurídico preservado por sua própria suspensão (estado de exceção schmittiano) não é outra coisa senão a manutenção de uma ordem injusta, a teoria benjaminiana propõe a eliminação e superação do próprio direito.

Por consequência, a decisão soberana que impede essa revolução — instaurando um *estado de exceção fictício e permanente* — não é o milagre apontado por Carl Schmitt, mas sua própria antítese. Ao impedir a existência do *verdadeiro estado de exceção* — uma sociedade sem dominação de classe —, a decisão soberana que declara a exceção é a própria materialização da catástrofe.

Desse modo, o verdadeiro paradigma do estado de exceção é — não o *milagre* proposto por Carl Schmitt, mas — a *catástrofe* identificada por Walter

[19] “Marx havia dito que as revoluções são a locomotiva da história mundial. Mas talvez as coisas se apresentem de maneira completamente diferente. É possível que as revoluções sejam o ato, pela humanidade que viaja nesse trem, de puxar os freios de emergência” (Benjamin 1913 *apud* Löwy, 2005, p. 93-4).

Benjamin. O *milagre schmittiano* estrutura-se na crença de que o combate aos inimigos salvaria o ordenamento jurídico por meio de sua suspensão excepcional. Por outro lado, a *catástrofe benjaminiana* é a constatação de que a verdadeira essência do ordenamento jurídico — a ser preservada pela sua própria suspensão — é a manutenção dos privilégios de classe. O soberano serve à dominação de uma ordem injusta e seu verdadeiro inimigo é o povo.

1.1.3. Estado de exceção e direito penal do inimigo

> *"O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real".*
> — Giorgio Agamben[20] —

O soberano de Carl Schmitt é aquele que tem o monopólio da decisão final sobre a aplicação das normas. Ao identificar a situação de normalidade, o ordenamento jurídico teria plena eficácia; porém, ao verificar uma situação extraordinária, o soberano teria o dever de agir para restabelecer a ordem declarando a exceção e suspendo o ordenamento jurídico. Segundo o decisionismo schmittiano, a exceção não apenas confirma a regra, mas é condição de possibilidade da validade de toda norma jurídica.

A tese do autor é a de que, ao declarar a exceção e suspender a eficácia do ordenamento jurídico, a decisão do soberano estaria orientada apenas pelo propósito de restabelecer a normalidade social, desvinculando-se de todos os limites constitucionais e legislativos para impor de forma absoluta a sua decisão.

> La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado

[20] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 58.

> suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto del orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila (Schmitt, 2009a, p. 18).

Livres de qualquer limitação jurídica, as decisões soberanas tomadas na busca pela restauração da ordem social não estariam condicionadas por nenhum ordenamento preconcebido. Na concepção schmittiana, o direito é sempre o *direito de uma situação* e ao soberano caberia a missão de criar e assegurar essa situação de normalidade, assumindo o monopólio da decisão final.

Nesse sentido, pode-se reconhecer que o século XX assistiu à concretização da teoria schmittiana em *governos de exceção* instaurados mediante a suspensão provisória (ao menos no âmbito discursivo) do ordenamento jurídico para combater inimigos internos, especialmente a figura dos comunistas. As ditaduras legitimavam-se na figura de lideranças populistas aclamadas como personificação carismática com apelo à conservação da moral e da ordem como unidade social.

Para compreendermos a forma do estado de exceção no século XX, Pedro Estevam Serrano (2018) amplia seu marco inicial para alcançar, ainda no final do século XIX, a decretação do estado de sítio bonapartista na França (1851) e como marco final a queda do muro de Berlim (1989). Quais as características comuns aos regimes autoritários instaurados pelo que se convencionou apontar como estado de exceção na sociedade ocidental ao longo do século passado?

O líder populista simboliza a negação do povo em reconhecer suas divisões em interesses sociais contraditórios, rejeitando os mecanismos pacíficos políticos e jurídicos como forma de solução dos conflitos. A busca da paz resume-se ao discurso de *ordem* a ser alcançada pelo combate à divisão, divergências e pluralidade ideológica ou existencial, originando mecanismos autoritários de eliminação do outro e extermínio do diferente.

No continente europeu, o povo buscou *lideranças individuais* capazes de personificar essa busca pela homogeneidade social, o que pode ser enxergado à perfeição nos regimes nazifascistas.

Já a história brasileira do século XX revela a busca por um *estamento* e não exatamente por um indivíduo moralmente superior. As ditaduras militares são fruto da busca por um agrupamento da burocracia estatal dotado de uma suposta capacidade moral superior à média da sociedade, que reuniria condições de força para assegurar a ordem no ambiente social.

O ato institucional nº 1 que inaugurou a ditadura militar brasileira no ano de 1964[21] anunciava-se logo nas linhas iniciais como "autêntica revolução" amparada na "opinião pública nacional". O que se autoproclamava uma revolução vitoriosa seria "representada pelos Comandos em Chefe das três Armas" que traduziriam o interesse da Nação não por terem sido eleitos, mas por um vínculo de aclamação.

Visando demonstrar um caráter conservador, prossegue o ato institucional nº 1 de 1964 apontando que o regime de exceção teria decidido "manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República". O objetivo declarado era o de "cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista".

Nota-se desde o início a concentração dos poderes no presidente da república, a pretexto de se restaurar a ordem excepcionalmente comprometida pelo

[21] "É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. [...]O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do Pais. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional".

inimigo comunista. Mas, é em 1968 através do ato institucional nº 5 que se atinge o ápice da centralização da autoridade no poder executivo[22] e da suspensão dos direitos individuais[23].

É de se destacar como as práticas autoritárias nunca se revelam como tal e sempre procuram se ocultar em rótulos democráticos. O próprio ato institucional nº 5 de 1968 declarava buscar uma ordem democrática baseada na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana, enxergados no contesto de um "combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção":

> Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964);

A opção pelas forças armadas como liderança de governo é a negação explícita do regime democrático. Ao legitimar o exercício do poder estatal por uma categoria profissional que realiza formas de poder e violência independente dos

---

[22] "Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios".

[23] "Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado. [...] Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular."

mecanismos políticos democráticos, prestigia-se o discurso de ordem pela eliminação do inimigo interno comunista que ameaçaria família, propriedade e sociedade.

Portanto, o século XX foi marcado por governos autoritários na América Latina e no continente europeu. Mediante a criação voluntária de estados de emergência, justificava-se a suspensão violenta da ordem jurídica vigente para que representantes do poder executivo impusessem seus atos de governo sem qualquer limitação ao ordenamento jurídico. Estes golpes de estado caracterizaram a ascensão das ditaduras nazista, fascistas e dos regimes militares na América Latina.

Os governos autoritários originados a partir de tais movimentos possuíam características comuns que nos permitem agrupá-los como ditaduras características do século XX. Destacam-se três elementos: (i) a concentração de poderes no chefe do Executivo, (ii) a suspensão dos direitos fundamentais e (iii) o discurso da provisoriedade que justificaria tal suspensão e não a extinção do ordenamento jurídico então vigente.

> No século XX, os Estados autoritários e de polícia se apresentaram, invariavelmente, como exceção à rotina democrática de garantia de direitos. Afasta-se o direito para preservar o Estado ameaçado pelo inimigo. Não se declara a extinção dos direitos humanos, mas apenas sua suspensão provisória enquanto existente a situação de ameaça ou conflito que enseja o Estado de necessidade pública (Serrano, 2015, p. 132).

Assim, a característica fundamental do modelo do estado de exceção próprio do século XX é o fato de se estabelecer *governos de exceção*, que vão suspender a democracia e a ordem jurídica a partir da assunção da máquina estatal pelo poder político.

Nesse contexto, podemos identificar as ditaduras características do século XX como arquétipo da concepção clássica sobre o estado de exceção. O termo “exceção” remete à Constituição de Weimar, que previa expressamente em seu artigo 48 a possibilidade do Presidente do Reich suspender direitos individuais diante de

instabilidades sociais, com a finalidade de solucionar problemas emergenciais mediante o emprego de medidas excepcionais como forma de restabelecer a ordem[24].

Ao definir o estado de exceção, Carl Schmitt defende a impossibilidade de se modificar a essência da Constituição, porém admite que as normas constitucionais possam ser suspensas pelas medidas praticadas durante o estado de exceção. Para tanto, fundamenta sua tese no aludido dispositivo da Constituição de Weimar:

> Según el arto 48, 2, C. a., está facultado el Presidente del Reich para adoptar tales medidas; los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114,115,117,118,123,124 y 153 C. a. pueden ser puestos temporalmente fuera de vigor. Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma. Por eso sería absurdo hacer de la intangibilidad de la Constitución una intangibilidad de cada una de las leyes constitucionales; y ver en cada una de las prescripciones legal-constitucionales un obstáculo insuperable para la defensa de la Constitución en su conjunto. Esto, en la práctica, no sería más que colocar la ley particular por encima del conjunto de la forma de existencia política, cambiando en su contrario el sentido y finalidad del estado de excepción. (Schmitt, 1982, p. 50)

O que caracteriza o estado de exceção no século XX não é a existência de um direito especial, mas a própria *suspensão da ordem jurídica* diante de uma situação de necessidade social, instituindo-se um vazio jurídico que resulta na extensão dos poderes do executivo em detrimento ao legislativo e ao judiciário.

Essa situação de necessidade capaz de justificar a suspensão do ordenamento jurídico apresenta-se na forma de um *combate ao inimigo*. Diante de um caso particular de instabilidade social, rompe-se a dicotomia entre lícito e ilícito com o propósito declarado de se restabelecer a normalidade mediante a eliminação do inimigo. O inimigo a ser combatido é um ser desprovido da condição humana, abandonado da proteção jurídica e política inerente a todo ser humano.

---

[24] Art. 48, § 2º: "Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154".

Nesse contexto, Eugenio Raul Zaffaroni (2007, p. 139) aponta que a teoria política de Carl Schmitt pode ser considerada uma *teoria do inimigo*, pois é a presença constante da figura do inimigo que justifica a necessidade da suspensão do direito para unificar o povo diante de uma guerra ao menos em potencial. Assim, para viabilizar internamente a manutenção da paz seria preciso que o soberano pudesse violar os limites estabelecidos pela ordem jurídica.

A construção teórica schmittiana prestigiada no século XX para justificar a concentração de poderes no chefe do executivo, na figura do guardião da Constituição, tem sido reeditada no âmbito das ciências criminais pelo que se convencionou chamar *direito penal do inimigo*.

Nesse sentido, a relação entre o combate a um inimigo social e o sistema de justiça tem sido internacionalmente associada no campo do direito penal à obra *Direito penal do inimigo [Feindstrafrecht, 1985]* de Günther Jakobs, especialmente após a política criminal de guerra ao terror implementada nos Estados Unidos da América como resposta aos supostos ataques de 11 de setembro de 2001.

A *teoria do direito penal do inimigo* de Günther Jakobs sustenta-se na premissa segundo a qual haveria dois tipos ideais de sistema criminal: um Direito Penal do Cidadão (destinado a sancionar comportamentos desviantes praticados por sujeitos de direito incluídos na ordem jurídica) e um Direito Penal do Inimigo (orientado pela lógica de guerra que visa à eliminação de indivíduos excluídos da ordem jurídica por representar um perigo social).

> O primeiro, o Direito Penal do Cidadão, é Direito também no que se refere ao criminoso; este continua sendo pessoa. Mas o último, o Direito Penal do Inimigo, é Direito em outro sentido. É certo que o Estado tem direito de proteger-se contra indivíduos que delinquem de modo contumaz; afinal de contas, a custódia de segurança é um instituto jurídico (Jakobs, 2008, p. 7).

Nesse contexto, o combate ao inimigo assumiria a forma de eliminação de um perigo. Ao contrário do cidadão que eventualmente viola a lei, o inimigo é identificado como alguém que se desvia de modo consciente e duradouro do ordenamento jurídico. Por consequência, “um indivíduo que não se deixa coagir a um

estado de civilidade não pode gozar dos benefícios do conceito de pessoa" (Jakobs, 2008, p. 13).

O inimigo seria excluído do ordenamento jurídico, pois "aquele que não oferece uma garantia cognitiva mínima de comportamento fiel ao Direito exclui a si mesmo. O Direito Penal contra esses agentes transforma-se em Direito Penal do Inimigo" (Jakobs, 2008, p. 94). Enquanto o cidadão deveria ser punido enquanto sujeito de direitos, o inimigo perderia sua condição de pessoa por não compartilhar das mesmas expectativas socialmente consagradas.

> O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos (Greco, 2005, p. 214).

O autor defende que, via de regra, o ordenamento jurídico deve manter dentro da ordem jurídica o tratamento conferido ao criminoso, basicamente por duas razões: "o delinquente tem um Direito, de acertar-se novamente com a sociedade e, para tanto, deve conservar seu status de pessoa, de cidadão — em todo caso, no Direito; o delinquente tem, ademais, o dever de ressarcir" (Greco, 2005, p. 5).

Todavia, Günther Jakobs sustenta a legitimidade do sistema denominado Direito Penal do Inimigo para uma declarada proteção da sociedade contra inimigos públicos declarados que ameaçariam a própria existência do ordenamento jurídico. Desse modo, caberia ao Estado sancionar de modo diverso seus cidadãos que eventualmente violariam a lei penal e os inimigos que representariam um perigo à estrutura normativa.

> Visto isso, o Estado pode proceder de duas formas com os delinquentes: pode considerá-los como cidadãos delinquentes, pessoas que comentaram um erro ou, então, como indivíduos que devem ser impedidos, mediante coação, de destruir o ordenamento jurídico. Ambas as visões têm, em determinadas partes, seu âmbito legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que podem ser aplicadas no âmbito errado (Jakobs, 2008, p. 17).

Se, na visão do autor, os dois sistemas — Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo — possuiriam âmbito de legitimidade delimitado, a consequência lógica é que o tratamento do cidadão como inimigo seria arbitrária e o tratamento do inimigo como cidadão seria ineficiente. Portanto, o legislador deveria cuidar para que as medidas criminais sejam adequadas aos fins propostos conforme o indivíduo a ser julgado.

Assim é que Günther Jakobs (2008, p. 23) propõe a existência de dois modelos penais distintos em um mesmo ordenamento jurídico, uma vez que o "Direito Penal do Inimigo claramente delineado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que misturar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo".

Ilustra-se essa proposta com um exemplo concreto, o combate ao terrorismo nos Estados Unidos da América:

> A quem tudo isso continua parecendo obscuro pode-se fornecer uma explicação rápida fazendo-se uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda é evidente no delinquente do tipo comum, isto é, tratá-lo não como indivíduo perigoso, mas como uma pessoa que age incorretamente, torna-se, de fato, difícil, como acaba de se demonstrar, no caso do agente com propensão à delinquência ou que esteja inserido numa organização – a necessidade da reação ao perigo que emana de seu comportamento constantemente anômico passa para o primeiro plano – e termina no terrorista, aqui designado como sendo aquele que nega, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e, por conseguinte, está pronto para destruir esse ordenamento (Jakobs, 2008, p. 34)

A guerra ao terror estadunidense funciona como um modelo paradigmático adequado à proposta teórica do autor, pois o *Patriot Act* (2001) instituiu um sistema específico para combater um inimigo declarado: o terrorista. Para esse grupo de indivíduos assim rotulados não vige a mesma estrutura de direitos e garantias, aplicáveis somente aos cidadãos.

No combate ao terrorismo mediante o direito penal do inimigo são autorizadas legalmente punições antecipadas, tortura, violação do sigilo de toda forma de comunicação, penas cruéis e diversas violações à liberdade, à intimidade, ao

devido processo legal e a toda normativa internacional de preservação dos direitos humanos.

É preciso reconhecer que o direito penal do inimigo é um conceito de pouca utilidade à ciência jurídica. Nos termos propostos por Günther Jakobs, evidentemente não pode ser apontado como *modelo legítimo* de sistema penal, pois seria uma afronta a todas as conquistas civilizatórias no campo dos direitos humanos. Como *modelo descritivo*, o conceito não traz nenhuma contribuição teórica relevante para o estudo das arbitrariedades praticadas sob o rótulo de direito penal. Como *conceito crítico* também não acrescenta qualquer potencial analítico ao exercício arbitrário do poder punitivo.

Nesse sentido, para Luís Greco (2005, p. 246):

> Com isso chegamos ao resultado de que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário.

Na construção de um modelo crítico ao combate deflagrado pelo direito penal, a principal contribuição da doutrina sobre o papel do inimigo é fruto do pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni, que em sua obra *O inimigo no direito penal [El enemigo en el derecho penal, 2006]* apresenta críticas contundentes à justificação das leis penais e da doutrina jurídica ao tratamento diferenciado de seres humanos pelo poder penal.

O autor se propõe a denunciar a contradição permanente entre doutrinas jurídicas que legitimam o conceito de *inimigo* a partir de uma abordagem da “dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, traducida en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas” (Zaffaroni, 2009, p. 9).

Assim, o argumento de Eugenio Raúl Zaffaroni (2009, p. 12-3) é que *o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos*, conferindo a determinados grupos um tratamento sancionatório cruel assinalado como combate ao inimigo, o que

só poderia ser admitido em um Estado absoluto por se revelar incompatível com qualquer concepção de Estados constitucionais de direito.

> Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría política, sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Com efeito, a proposta de Günther Jakobs sobre o direito penal do inimigo aproxima-se do modelo schmittiano do estado de exceção como suspensão do direito para combater o inimigo. Ao legitimar a existência de dois ordenamentos jurídico-penais — Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo —, a construção do direito penal do inimigo implicaria a suspensão do direito convencional a uma classe apontada como inimiga. Ambos se estruturam a partir da divisão entre cidadãos e inimigos. No limite, um direito pensado para o inimigo é a realização do estado de exceção para uma parcela da sociedade.

Diante desse cenário, o modelo do direito penal do inimigo não é capaz de explicar o sistema penal brasileiro. Em nosso ordenamento jurídico, não temos dois direitos penais legislados e regulamentados abstratamente de forma distinta para cidadãos e inimigos — tal qual o combate ao inimigo terrorista estadunidense e seu *Patriot Act* (2001) —, mas um conjunto de normas constitucionais e legais que se declaram impessoais e universais.

Se os direitos fundamentais e garantias individuais anunciam-se universais, a questão que se pretende responder é como o sistema de justiça brasileiro segrega *protegidos* e *perseguidos* em suas práticas reais. Uma vez identificado que o mercado define os inimigos e os meios de comunicação de massa legitimam esse combate, o desafio que se segue é desvendar os mecanismos pelos quais o sistema de justiça brasileiro desempenha a eliminação dos inimigos.

1.2. O guardião da Constituição

> *"No fundo, tanto faz se o guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional, o Presidente da República ou o Parlamento. O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: 'não se reduzem a ser o Hüter da Constituição, mas pretendem-se o Herr da mesma".*
> — Gilberto Bercovici[25] —

Nas sociedades ocidentais do século XX, prosperou a ideia de Carl Schmitt (2007) segundo a qual o guardião da Constituição seria o presidente. Nesses regimes ditatoriais, o estado de exceção assumiu a forma de governos em que o poder executivo concentrava um poder absoluto, na medida em que seus atos não se limitavam ao ordenamento jurídico anterior, suspendendo-se a vigência dos direitos e garantias individuais contemplados na Constituição a pretexto de se combater provisoriamente um inimigo interno com apoio da força militar.

A identificação schmittiana entre o exercício do poder soberano e o papel de guardião da Constituição é essencial para compreendermos a lógica do autoritarismo a partir da aquisição evolutiva que representa o surgimento das Constituições modernas (Luhmann, 1996). As Constituições surgiram no século XVIII como forma de limitação dos poderes estatais e preservação de direitos individuais.

Nesse contexto, é evidente o protagonismo daquele identificado como *guardião da Constituição*. Se o texto constitucional é fonte de legitimidade dos poderes

[25] BERCOVICI, Gilberto. "Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição". In *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan./jun. – 2003, p. 198.

estatais e dos direitos individuais, ao seu guardião competirá uma função jurídica e política central enquanto agente incumbido de resolver os conflitos essenciais da sociedade.

A tese que propomos é a de que *cabe ao guardião da Constituição o exercício do poder soberano*. Quando a premissa schmittiana (2009, p. 13) segundo a qual o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção coloca-se em um sistema estruturado a partir da ideia de Constituição, o exercício do poder soberano passa a ser condicionado pela conservação do conteúdo constitucional.

Afinal, o que significa decidir sobre o estado de exceção segundo a fórmula schmittiana? Ora, se a exceção consiste na suspensão da ordem jurídica, *o poder soberano de decisão sobre o estado de exceção é um poder de identificar a ordem jurídica válida para as situações concretas.*

Portanto, conservação da Constituição e exercício do poder soberano se confundem na teoria de Carl Schmitt. O guardião da Constituição é o soberano. Ao declarar (ou não) a exceção, sua função seria distinguir períodos de normalidade e situações extraordinárias e, por consequência, identificar se o ordenamento jurídico deve ser aplicado ou suspenso. Ou seja, cabe ao soberano guardião da Constituição identificar qual é a norma válida.

Nesse sentido, a tese que propomos para compreender o autoritarismo na contemporaneidade identifica o estado de exceção a partir da aproximação fraudulenta entre a *soberania de Carl Schmitt* e o monopólio da *norma hipotética fundamental de Hans Kelsen*. Desenvolveremos essa ideia a partir do pensamento de Norberto Bobbio (2008, p. 210), que apresenta soberania e norma hipotética fundamental como duas perspectivas sobre o vértice da mesma pirâmide.

Ao final, poderemos abordar a divergência entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição, qual modelo teórico prevaleceu ao longo das últimas décadas na história do mundo ocidental, se e quando houve um momento de ruptura e quais as consequências para o sistema jurídico e político.

1.2.1. Decisionismo e positivismo jurídico

> *"Soberano es quien decide sobre el estado de excepción."*
> — Carl Schmitt[26] —

> *"A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico."*
> — Hans Kelsen[27] —

A concepção schmittiana de soberania implica o reconhecimento de que a ordem jurídica repousa em uma decisão — uma *decisão soberana* —, não em uma norma. Desse modo, o que viabiliza a aplicação do Direito não é, em última instância, uma norma jurídica superior às demais, mas sim um poder soberano que resulta do monopólio final da decisão em situações extremas.

> Porque todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma (Schmitt, 2009, p. 16).

O decisionismo schmittiano não implica qualquer concepção humanitária, moralista ou contratualista do Estado. Na obra *O conceito do político [Der Begriff des Politischen, 1927]*, Carl Schmitt (1992, p. 51) sustenta que a democracia não se alinha à ideia de pluralismo político, mas supõe uma igualdade que caracteriza a atividade política como formação de um consenso sobre o inimigo, de modo que "a distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo".

---

[26] SCHMITT, Carl. *Teología Politica*. Madrid: Trotta, 2009, p. 13
[27] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.1999, p. 152.

Um Estado será soberano na medida em que seja forte o suficiente para impedir uma guerra deflagrada contra seus interesses e princípios, bem como tenha condições de determinar a luta armada contra seus inimigos. É a possibilidade limite do conflito contra um inimigo real que caracteriza a unidade política soberana.

> Lo que decide es siempre y sólo el caso de conflicto. Si los antagonismos económicos, culturales o religiosos llegan a poseer tanta fuerza que determinan por sí mismos la decisión en el caso límite, quiere decir que ellos son la nueva sustancia de la unidad política. Y si carecen de la fuerza necesaria para evitar una guerra acordada en contra de sus propios intereses y principios, eso significa que no han alcanzado todavía el punto decisivo de lo político. Si poseen fuerza suficiente como para evitar una guerra deseada por la dirección política pero contraria a sus intereses o principios, pero no tanta como para determinar por sí mismos una guerra por propia decisión, es que ya no existe una magnitud política unitaria. Sea ello como fuere: como consecuencia de la referencia a la posibilidad límite de la lucha efectiva contra un enemigo efectivo, una de dos: o la unidad política es la que decide la agrupación de amigos y enemigos, y es soberana en este sentido (no en algún sentido absolutista), o bien es que no existe en absoluto (Schmitt, 2009b, p. 69).

Nesse contexto, Eugenio Raul Zaffaroni (2007, p. 139) aponta que a teoria política de Carl Schmitt pode ser considerada uma *teoria do inimigo*, diante da necessidade de se unificar o povo diante de uma guerra ao menos em potencial, para viabilizar internamente a manutenção da paz.

O fato de a exceção exigir uma intervenção além dos limites jurídicos, contudo, não significa a negação do direito. Para Carl Schmitt, o estado de exceção não se confunde com anarquia ou caos, pois mesmo o caso excepcional permanece no âmbito jurídico.

A norma não é revogada, mas suspensa em razão de uma emergência específica por meio da decisão soberana, permanecendo acessível ao conhecimento jurídico, de modo que o estado de exceção “es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden” (Schmitt, 2009, p. 17).

> Para Schmitt, pensar a exceção é pensar um quadro no qual não há uma ordem mecanicamente estabelecida. Trata-se de uma quimera, para o seu pensamento, imaginar que o conjunto normativo constitua e estabeleça o processamento da ordem. É

> justamente a exceção que instaura a ordem, a partir de uma desorientação inicial. A decisão não é o último momento de uma cadeia normativa, como pensa o juspositivismo; é o primeiro, pois é o que dá base à ordem (Mascaro, 2014, p. 416).

Se o decisionismo schmittiano define que a ordem jurídica repousa em uma decisão, Hans Kelsen apresenta uma abordagem distinta a partir do positivismo jurídico detalhado em sua obra *Teoria Pura do direito [Reine Rechtslehre, 1934]*.

A pureza, no caso, diz respeito a um postulado metodológico na abordagem científica do conhecimento científico-jurídico. O autor expõe logo nas linhas iniciais que o objetivo de suas construções teóricas é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (Kelsen, 1999, p. 1).

Coerente com sua proposta de uma teoria pura do Direito, o normativismo de Hans Kelsen desenvolve-se a partir das normas jurídicas para explicar as relações de poder, ao contrário do decisionismo de Carl Schmitt que justifica a existência do Direito a partir do poder soberano.

Em uma passagem elucidativa sobre essa abordagem científica, Hans Kelsen (1999, p. 174) sintetiza que “num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”. Isso porque é o sistema jurídico que regula sua própria produção e reprodução, caracterizando um sistema dinâmico uma norma inferior tem como fundamento de validade uma norma superior, sendo essa a característica fundamental que distingue o Direito de um simples poder de fato.

> É quase de per si evidente que o chamado poder do Estado, que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Há muitas relações de poder fáticas deste tipo sem que aquele que tem um tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão estadual. O que faz com que a relação designada como poder estadual se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas – que o poder do Estado tem caráter normativo.

> O chamado poder estadual é a vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva. Dizer que o governo estadual, que exerce o poder do Estado, tem de ser independente, significa que ele não pode juridicamente ser vinculado por qualquer outra ordem jurídica estadual, que a ordem jurídica estadual só está subordinada à ordem jurídica internacional, se é que se subordina a qualquer outra ordem jurídica (Kelsen, 1999, p. 202).

De acordo com a pureza metodológica proposta por Hans Kelsen, o Direito seria uma ordem normativa segundo a qual o fundamento de validade de uma norma é a validade de uma outra norma designada como norma superior. Para que essa investigação sobre o fundamento de validade não se perca no interminável, o autor propõe o conceito de n*orma fundamental* enquanto proposição hipotética que confere fechamento operacional ao sistema normativo na forma de fundamento de validade comum[28].

A norma fundamental é hipotética porque pressuposta no contexto de uma Constituição efetivamente estabelecida, seja produzida através do costume ou da elaboração formal de um estatuto, mas cuja eficácia social possa ser verificada objetivamente. A função dessa norma hipotética é fundamentar a validade objetiva de um ordenamento jurídico positivo, conforme um processo silogístico estruturado de forma que:

> [...] a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira (Kelsen, 1999, p. 142).

[28] “A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade - tem de acentuar-se bem - da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. E este um elemento essencial do positivismo jurídico”. (Kelsen, 1999, p. 152).

Com efeito, o autor deixa claro que “permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta” (Kelsen, 1999, p. 141), pois na pressuposição da norma fundamental que constitui o fundamento de validade de um ordenamento jurídico não é considerado qualquer valor transcendente ao Direito positivo.

Para ilustrar concretamente essa relação, Hans Kelsen (1999, p. 141) apresenta um silogismo em que a premissa maior seria “devemos obedecer às ordens de Deus”, a premissa menor seria “Deus ordenou que obedeçamos às ordens dos nossos pais” e a conclusão, que “devemos obedecer às ordens de nossos pais”. Diante dessa estrutura silogística, o autor conclui que a premissa maior segundo a qual *devemos obedecer às ordens de Deus* revela-se como *norma fundamental*, uma vez que sua validade objetiva já não pode ser questiona, sendo este o caso quando “a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como a autoridade mais alta, v. g., se esta pessoa é Deus”.

Nesse ponto, é importante destacar que a existência de uma *norma hipotética fundamental* revela-se essencialmente a forma como Hans Kelsen confere pureza ao seu recorte metodológico e afasta a autoridade como objeto científico dos estudos sobre o Direito. O autor não refuta a existência de um poder que impõe a ordem normativa, apenas dedica-se a estudar — não o exercício do poder que a institui, mas — a forma instituída por essa premissa maior que inaugura o ordenamento.

Em outras palavras, não interessa à Teoria pura do Direito a legitimidade ou as prerrogativas do soberano, mas sim descrever a estrutura normativa que constitui um Estado soberano.

> Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma

> norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho. Em todo caso, no silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior: devemos obedecer aos mandamentos de Deus (ou aos mandamentos de Seu Filho), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior: devemos obedecer aos Dez Mandamentos (ou ao mandamento que nos ordena que amemos os inimigos), a proposição que verifica (afirma) um fato da ordem do ser: Deus estabeleceu os Dez Mandamentos (ou o Filho de Deus ordenou que amássemos os inimigos), constitui, como premissa menor, um elo essencial. (1999, p. 135).

Portanto, a concepção kelseniana de poder adota como referência a produção e aplicação de normas jurídicas. Ao contrário da teoria decisionista de Carl Schmitt — que parte da premissa de que a vigência do ordenamento jurídico depende de uma decisão soberana —, Hans Kelsen reduz o Estado ao ordenamento jurídico.

Em um tópico intitulado “O Estado como ordem jurídica” de sua *Teoria Pura do Direito*, o autor define o *poder estatal como a eficácia da ordem jurídica*, pois se materializa em relações coercitivas que só podem operar mediante normas que regulam a conduta dos agentes públicos. “O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica” (Kelsen, 1999, p. 202).

Mais adiante, refuta a ideia de que a soberania seja um poder fático supremo ao defini-la como a pressuposição de uma ordem normativa suprema cuja validade não seria dedutível de qualquer ordem superior:

> Esta soberania do Estado é o fator decisivo para a admissão do primado da ordem jurídica estadual. Esta soberania não é qualquer qualidade perceptível — ou objetivamente cognoscível por qualquer outra forma —, um objeto real, mas é uma pressuposição: a pressuposição de uma ordem normativa com ordem suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior. A questão de saber se o Estado é soberano não pode ser respondida através de uma análise da realidade natural. Soberania não é um máximo de poder real (Kelsen, 1999, p. 235).

Para a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, o objeto estudado é apenas e tão somente o direito posto, as práticas jurídicas reais em determinada sociedade.

À abordagem positivista interessa o direito como ele é e não a sua concepção idealizada. Enquanto modelo teórico, o positivismo kelseniano "quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito" (Kelsen, 1999, p. 1).

Nesse momento, basta-nos identificar que o positivismo reconhece *validade jurídica*[29] ao ordenamento instaurado eficazmente por um estado de exceção. Convém registrar que retomaremos o pensamento kelseniano ao tratar das medidas de exceção no século XXI, pois sua concepção sobre a *interpretação jurídica* é essencial para compreender a maneira pela qual o sistema de justiça assumiu protagonismo como agente da exceção contemporaneamente, sobretudo em função dos limites — ou da ausência deles — que condicionam a aplicação do direito segundo a ótica positivista.

A toda evidência, o positivismo de Hans Kelsen trata da legitimação democrática de modo distinto do decisionismo de Carl Schmitt. Segundo a concepção kelseniana, interessa apenas o *aspecto formal ou procedimental* para a caraterização da democracia, assim enxergada como técnica de produção normativa; enquanto o pensamento schmittiano, por sua vez, vincula a concepção de democracia a um *conteúdo material* que consiste na identidade do povo com seus governantes.

Todavia, o pensamento dos dois autores acerca do regime democrático compartilha uma semelhança: ambos, cada um à sua maneira — para o positivismo, a democracia é um método; para o decisionismo, é a unidade de um povo contra seu inimigo —, refutam a ideia de que a existência de um regime democrático esteja diretamente vinculada à preservação de um conteúdo moral identificado com os direitos individuais de liberdade e igualdade.

Para Hans Kelsen (2000, p. 99), a ideia de igualdade, "por ser diferente da ideia de igualdade formal na democracia, isto é, da igualdade dos direitos políticos,

[29] "Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados" (Kelsen, 2000, p. 28).

nada tem a ver com a ideia de democracia"[30]. Já para Carl Schmitt (1992, p. 76), a democracia pressupõe apenas a identidade entre governantes e governados, que se materializa na unidade de um povo capaz de "determinar por si mesmo a diferenciação de amigo e inimigo".

Interessa-nos, por ora[31], constatar que a proposta metodológica do positivismo não exclui — nem admite, simplesmente porque não se propõe a tratar do tema — a concepção schmittiana da soberania enquanto poder de decisão sobre o estado de exceção. Ao positivismo jurídico, não é demais repetir, interessa descrever a ordem normativa que constitui o Estado.

Na medida em que a Teoria Pura do Direito imuniza a validade do ordenamento jurídico de qualquer valoração moral, o direito (im)posto — desde que alcance eficácia social[32] capaz de produzir um consenso sobre a pressuposição de

---

[30] Kelsen afirma mesmo que "é claramente um abuso adotar a palavra 'democracia', que — quer se considerando a realidade ou a ideologia — representa certo método de criação da ordem social, para indicar um conteúdo dessa ordem social que não tem qualquer relação essencial com o seu método de criação [...].Nem mesmo os democratas radicais poderão afirmar que com a questão da forma do governo também será resolvida a do conteúdo político, ou seja, do justo e melhor conteúdo da ordem do Estado" (2000, p. 99-103).

[31] Ao tratarmos da exceção no século XXI, veremos que o positivismo jurídico é a gênese das medidas de exceção na contemporaneidade.

[32] "Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência. [...] Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto. Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista . A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser). A segunda solução é falsa, pois não pode ser negado que há – como acima se mostrou – numerosos casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas se bem que não sejam, ou não sejam ainda, eficazes. A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes." (Kelsen, 2000, p. 8 e 148)

uma norma fundamental — é o direito válido nesse Estado, independentemente do seu conteúdo ou da autoridade que o institui.

É importante sublinhar que a Teoria Pura do Direito jamais procurou *legitimar* qualquer ordenamento jurídico ou condicionar a validade das normas a qualquer outro referencial que não uma norma hierarquicamente superior. Assim, enquanto o decisionismo schmittiano condiciona a vigência do ordenamento jurídico a uma decisão soberana sobre a exceção, o positivismo jurídico kelseniano resume o poder à pressuposição de relações normativas estabelecidas pelo Direito.

1.2.2. Soberania e norma hipotética fundamental: escalada à mesma pirâmide

> *"Os dois conceitos-limite, respectivamente do positivismo jurídico e da doutrina do Estado de direito, são a potestas suprema, ou soberania, e a norma fundamental. [...] A norma fundamental tem numa teoria normativa do Direito a mesma função que a soberania numa teoria política ou, caso se queira, potestativa do direito: tem a função de fechar o sistema. Com essa diferença: a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado na primazia do poder sobre o direito. Enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas".*
>
> — Norberto Bobbio[33] —

[33] BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Editora Unesp, 2008, p. 210.

A crítica que Carl Schmitt (2009a, p. 24) direciona ao positivismo jurídico é no sentido de que essa teoria não enfrentaria o problema da soberania, uma vez que "Kelsen resuelve el problema del concepto de la soberanía negando el concepto mismo. He aquí la conclusión de sus deducciones: hay que eliminar radicalmente el concepto de la soberanía".

Em todo caso, essa crítica diz mais a respeito da proposta metodológica da *Teoria Pura do Direito* do que de suas conclusões. O próprio Carl Schmitt (2009a, p. 14) reconhece que o estudo acerca da possibilidade de se eliminar o caso extremo — que, na sua concepção, reclama a intervenção soberana para declarar o estado de exceção — não seria um problema especificamente jurídico.

Ora, se o pressuposto fático da intervenção soberana não é um problema jurídico, o estudo da exceção enquanto intervenção soberana em casos extremos estaria automaticamente excluído do recorte metodológico proposto por Hans Kelsen em seus estudos na *Teoria Pura do Direito*, pois o que interessa ao positivismo jurídico é o estudo descritivo da soberania materializada em uma ordem normativa autônoma e independente, cuja validade não seja dedutível de qualquer ordem superior.

A dicotomia entre decisionistas e normativistas é objeto de estudos de Norberto Bobbio, na obra *Direito e Poder [Diritto e potere. Saggi su Kelsen, 1992]*. Para o autor, norma fundamental e soberania seriam os dois conceitos-limite da teoria do positivismo jurídico e da doutrina do Estado de Direito. Enquanto a teoria jurídica utilizaria a norma fundamental para fechar o sistema de normas fundado na primazia do direito sobre o poder, a teoria política se valeria do conceito de soberania para fechar um sistema fundado na primazia do poder sobre o direito.

Assim, se "o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas". À objeção de que a norma fundamental não seria uma norma como todas as outras, mas uma mera hipótese da razão, Norberto Bobbio (2008, p. 210) questiona: "Mas o poder supremo não é também ele uma hipótese da razão?".

O autor prossegue respondendo afirmativamente, no sentido de que também o poder soberano é uma simples hipótese da razão, ao constatar que tanto a hipótese da norma fundamental quanto a do poder supremo derivam de uma

concepção do Direito ou do Estado como sistemas hierárquicos relacionados em uma sequência de planos em relação de subordinação, tal como uma pirâmide.

Nessa relação piramidal, considerando-se os vários níveis concatenados uns aos outros — "no sentido de que um nível superior em relação ao seu inferior é, por sua vez, inferior em relação ao superior" (Bobbio, 2008, p. 211) —, chega-se a um plano superior que não encontra qualquer outro plano a ele superior: eis o topo dessa pirâmide, em relação ao qual todos os demais planos são inferiores.

Na visão normativista de Hans Kelsen, o plano superior é a norma hipotética fundamental que institui o poder de produzir normas jurídicas válidas num determinado território e em relação a uma determinada população. Já segundo a perspectiva decisionista de Carl Schmitt, o plano superior é o poder soberano que cria um conjunto de normas capazes de vincular o comportamento do povo.

Dessa forma, ao materializar os sistemas jurídico e político em forma piramidal, Norberto Bobbio conclui que a concepção kelseniana da norma fundamental é perfeitamente simétrica à teoria política do poder soberano.

Como duas escadas que repousam lado a lado — a escalada normativa que parte das normas inferiores em busca de fundamento de validade nas normas superiores e a teoria do poder soberano que parte dos poderes inferiores até atingir o poder supremo —, ambas convergem para um mesmo vértice encarado a partir de duas perspectivas distintas: norma fundamental e soberania.

> Enquanto a teoria tradicional, observando a escada de baixo para cima, parte dos poderes inferiores e, de poder em poder, chegar ao poder soberano, que é o fundamento da autoridade de todos os outros poderes, a teoria kelseniana, que parte das normas inferiores, só pode chegar, passando de norma em norma, até a norma fundamental, entendida como fundamento de validade de todas as outras normas do sistema. [...] Exemplificando, para a teoria normativa é a norma fundamental que institui o poder de produzir normas jurídicas válidas num determinado território e em relação a uma determinada população. Para a teoria política, é o poder constituinte que cria um conjunto de normas capazes de vincular o comportamento dos órgãos do Estado e, em segunda instância, dos cidadãos (Bobbio, 2008, p. 211).

Assim, ao concluir sua abordagem acerca da relação entre direito e poder a partir dos enfoques tradicionais do positivismo jurídico e da doutrina do Estado de direito, Norberto Bobbio aproxima soberania e norma hipotética fundamental como duas dimensões do vértice de uma mesma pirâmide, planos superiores aos quais nenhum outro plano lhes é superior e em relação ao qual todos os demais planos jurídicos e políticos são, embora em diferentes graus, inferiores.

Portanto, soberania e norma hipotética fundamental são duas perspectivas sobre o vértice da mesma pirâmide. Ao escalar essa pirâmide, seja pela escada do direito — uma "subida de normas" ruma à norma fundamental — ou pela escada do poder — uma "descida dos poderes" a partir da soberania —, alcança-se o mesmo vértice. Pois "as duas escadas encontram-se uma ao lado da outra, mas estão dispostas de modo que ao degrau superior de uma corresponde o degrau imediatamente inferior da outra", um plano superior encarado ora como norma fundamental ora como soberania a depender do ponto de partida, que segundo o autor seria "apenas uma questão de oportunidade", afinal *lex et potestas convertuntur* (Bobbio, 2008, p. 208-212).

1.2.3. O duelo entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

> *"O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: 'não se reduzem a ser o Hüter da Constituição, mas pretendem-se o Herr da mesma'.*
> — Gilberto Bercovici[34] —

[34] BERCOVICI, Gilberto. "Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição". In *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan./jun. – 2003, p. 198.

Amparados nas ideias de Norberto Bobbio, concluímos que a soberania schmittiana — enquanto poder de decidir sobre o estado de exceção — equivale teoricamente à concepção do positivismo jurídico kelseniano acerca da identificação da norma hipotética fundamental de um determinado ordenamento. Em outras palavras, seria possível identificar a decisão política sobre a exceção com a definição jurídica da norma hipotética fundamental.

Isso posto, o que afasta o pensamento dos autores é o próprio *conceito de Constituição*. Para Carl Schmitt, a Constituição é uma *decisão* que representa a vontade unitária de um povo; enquanto, para Hans Kelsen, Constituição é um *conjunto de normas* superiores hierarquicamente. Trata-se de perspectivas distintas, embora não excludentes.

Essa diferença essencial implicou debate travado entre os autores sobre quem deveria ser o *guardião da Constituição*, ponto decisivo para compreendermos a forma pela qual o autoritarismo se desenvolveu de modo distinto no início do século XX e nas últimas décadas.

O decisionismo schmittiano enxerga a Constituição como decisão que materializa a vontade de um povo homogêneo, conferindo unidade política concreta e ordenação social a um Estado. Se para o autor a existência de uma democracia pressupõe igualdade entre um povo amigo, a Constituição equivale à situação concreta de união e ordenação social.

> Constitución = la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. A todo Estado corresponde: unidad politica y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente en el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad politica y la ordenación social se puede llamar Constitución. Entonces la palabra no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con arreglo a los cuales se rija la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación, sino más bien el Estado particular y concreto -Alemania, Francia, Inglaterra-en su concreta existencia política. El Estado no tiene una Constitución «según la que» se forma y funciona la voluntad

> estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status de unidad y ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su «alma», su vida concreta y su existencia individual (Schmitt, 1982, p. 30)

Na obra *O guardião da Constituição [Der Hüter der Verfassung, 1931]*, Carl Schmitt defende que diante de situações críticas emergenciais impõe-se a intervenção de alguém capaz de defender a unidade e estabilidade social representada pela Constituição. Esse seria o papel do verdadeiro guardião, representado por um líder cuja vinculação com o povo se dá de modo carismático, por aclamação.

Para Carl Schmitt, o guardião da Constituição é o presidente do Reich. O autor refuta a possibilidade de o poder judiciário desempenhar o mesmo papel, pois aos tribunais caberia apenas o exame judicial material e não a prerrogativa de suspender propriamente a aplicação das normas para salvar a essência da Constituição, missão que o autor apresenta como própria do legítimo guardião da unidade do povo.

> O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um "apelo ao povo". Por tomar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política (Schmitt, 2007, p. 233-4).

Por sua vez, Hans Kelsen propõe a existência de um órgão judicial de controle concentrado de constitucionalidade dos atos praticados pelos poderes legislativo e executivo. Na obra *Jurisdição constitucional [Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, 1920]*, o autor dedica um capítulo a explicar essa questão, intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição?”.

Nesse sentido, Hans Kelsen (2003, p. 241) apresenta crítica contundente ao pensamento schmittiano, ao afirmar que “como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado”.

De acordo com a supremacia hierárquica das normas constitucionais, caberia apenas a um Tribunal Constitucional defender a Constituição, inclusive contra eventuais agressões do próprio chefe de Estado, que segundo o pensamento schmittiano deveria ser o seu guardião.

> A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo. Segundo a doutrina do "Estado total", porém, não existe antagonismo entre Parlamento e governo. Donde deriva — sem que tal precise ser dito expressamente, e Schmitt de fato não o faz - que quando o governo, isto é, o chefe de Estado em conjunto com os ministros, atua como guardião da Constituição para defendê-la de leis inconstitucionais, o controle constitucional não está sendo entregue a nenhuma instância que possa ser considerada parte litigante (Kelsen, 2003, p. 276).

Se Carl Schmitt sustenta que competiria ao *presidente do Reich* a missão de salvaguardar a Constituição em nome do povo, Hans Kelsen defende que apenas uma *Corte a quem seja reservada jurisdição constitucional* estaria legitimada para defender a integridade da Constituição enquanto conjunto de normas hierarquicamente superiores.

Partindo de concepções distintas sobre o significado de Constituição, o decisionismo schmittiano identifica o presidente como autoridade que protege o vínculo de união do povo, enquanto o positivismo kelseniano defende a existência de um órgão judicial que proteja o conjunto de normas postas com superioridade hierárquica.

> Para Carl Schmitt, sendo o guardião da constituição o Führer, a constituição não é compreendida apenas como um conjunto de normas jurídicas de hierarquia superior. Pelo contrário, a constituição é uma decisão política, que orienta o Estado, o

> direito e a vida social por tal ou qual caminho. Daí que o controle constitucional, para Schmitt, não caberia ao técnico em normas jurídicas, e sim ao político soberano, porque decidir sobre a constituição é decidir sobre a própria instauração da política (Mascaro, 2014, p. 421).

A proposta de Hans Kelsen deve ser compreendida no contexto de um sistema estruturado a partir da norma hipotética fundamental. Enquanto o pensamento schmittiano admite a existência de um presidente que defina quais as normas que devem valer para o caso concreto — uma vez que pode suspender a ordem jurídica —, o positivismo jurídico kelseniano refuta essa possibilidade ao estabelecer a premissa de que a norma fundamental não é o produto de uma descoberta livre, mas o fundamento de validade de um ordenamento escalonado de normas hierarquicamente superiores e inferiores.

> Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressuponhamos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas (Kelsen, 1999, p. 141).

Ao subverter a norma fundamental, o soberano schmittiano estaria rompendo o ordenamento jurídico. O pensamento kelseniano é incompatível com a figura de uma *suspensão* da ordem jurídica posta com intuito de salvaguardar a sua

essência. Tal fenômeno é identificado no pensamento de Hans Kelsen (1999, p. 146) como a própria revolução:

> O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade. Este princípio, no entanto, só é aplicável a uma ordem jurídica estadual com uma limitação muito importante: no caso de revolução, não encontra aplicação alguma. Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos.

Portanto, o *estado de exceção* de Carl Schmitt apresenta-se como uma verdadeira *revolução* na ótica de Hans Kelsen (1999, p. 146) — assim considerada "toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição" —, pois altera a norma fundamental do ordenamento jurídico[35].

[35] "A modificação da norma fundamental segue-se à modificação dos fatos a serem interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas. A norma fundamental refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas. Desde o momento em que a antiga Constituição perdeu a sua eficácia e a nova se tornou eficaz, quer dizer, desde o momento em que as normas gerais já não são criadas pelo monarca, competente segundo a antiga Constituição, mas pelo parlamento, competente segundo a nova Constituição, e as leis, já não postas pelo monarca mas pelo parlamento apenas, são aplicadas pelos órgãos instituídos por estas mesmas leis - e não pelas leis ditadas pelo monarca -, os atos que surgem com o sentido subjetivo de criar ou aplicar normas jurídicas já não mais são pensados sob a pressuposição da antiga norma fundamental, mas sob a pressuposição da nova norma fundamental. As leis ditadas sob a antiga Constituição e que não sejam recebidas já não são consideradas válidas, os órgãos instituídos de acordo com a antiga Constituição já não são considerados competentes. Se a revolução não fosse bem-sucedida, quer dizer, se a Constituição revolucionária - que não veio à existência de acordo com a antiga Constituição - não se tivesse tornado eficaz, se os órgãos por ela previstos não tivessem ditado quaisquer leis que fossem de fato aplicadas pelos órgãos previstos nestas leis, mas se, pelo contrário, a antiga Constituição tivesse permanecido eficaz, não haveria qualquer motivo para pressupor uma nova norma fundamental no lugar da antiga. Então a revolução não seria interpretada como um processo produtor de Direito novo, mas - segundo a antiga Constituição e a lei penal que sobre ela se funda e que se considera ainda válida - como crime de alta traição. O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade." (Kelsen, 1999, p. 146-7)

Dessa forma, o positivismo kelseniano concentra seu objeto de estudo na ordem jurídica concretamente eficaz. Se o presidente conseguir impor um direito novo de modo eficaz — o que Carl Schmitt identifica como suspensão da ordem jurídica —, dá-se um processo que Hans Kelsen identifica como processo revolucionário, pois capaz de inaugurar uma nova ordem jurídica.

Para Hans Kelsen, a revolução em sentido amplo compreende toda modificação ilegítima da Constituição, independentemente das razões ou da forma pela qual seja implementada. Não importa para uma análise positivista se essa modificação tenha sido resultado de um movimento de massas populares ou da imposição de um grupo reduzido ou mesmo se se foi alcançada pelo emprego da força contra um governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo. A única coisa que importa em uma análise positivista é a ordem jurídica eficaz de uma sociedade.

Em outros termos, o *estado de exceção* schmittiano corresponde ao modelo teórico da *revolução* segundo a proposta kelseniana, pois ao suspender a aplicação da norma o soberano não estaria fazendo outra coisa senão modificando a normal fundamental do ordenamento.

Antecipando conclusões desenvolvidas nas linhas que se seguirão, pode-se dizer que os regimes autoritários das décadas que sucederam o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen ilustraram com exemplos concretos essa discussão.

Na primeira metade do século XX, prosperou a ideia schmittiana de concentração do poder soberano no chefe do poder executivo. Todavia, após os trágicos acontecimentos patrocinados pelos regimes ditatoriais especialmente no continente europeu, o modelo proposto por Carl Schmitt de soberania e decisão sobre o estado de exceção concentrados no poder executivo perdeu espaço para a proposta de jurisdição constitucional de Hans Kelsen.

Se as catástrofes humanitárias nazifascistas foram produzidas por um sistema em que o presidente exercia o monopólio da violência na condição de guardião da Constituição, a fórmula que prosperou como possível antídoto para esses modelos autoritários foi o fortalecimento do Poder Judiciário e a criação de Cortes responsáveis pela preservação da Constituição.

Desse modo, a articulação do poder soberano passou a envolver a estrutura do *sistema de justiça como guardião da Constituição*. O modelo democrático nas sociedades ocidentais passou a se estruturar pela positivação dos direitos humanos em normas constitucionais rígidas, sujeitas a eficácia plena e imediata que deve ser assegurada pelo Poder Judiciário.

As práticas reais do poder nas últimas décadas têm demonstrado que o modelo de jurisdição constitucional kelseniano não produziu resultados menos autoritários do que a fórmula decisionista schmittiana. Pouco importa se o guardião da Constituição é o presidente da nação ou uma corte judicial. Nos dois casos, cada um à sua maneira, é possível o surgimento de mecanismos autoritários decorrentes da apropriação indevida da Constituição por forças ilegítimas.

O que ocorre explicitamente nos *governos de exceção* transforma-se em atos fraudulentos de uma *jurisdição de exceção*. Compartilhamos o pensamento de Gilberto Bercovici (2003, p. 198), para quem a questão central não é definir *quem* seja o guardião da Constituição, mas está na exata medida em que ele — seja quem for o guardião — passe a agir de modo infiel ao conteúdo material da Constituição. O problema surgiria, nas palavras do autor, “quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela”.

1.3. Direito e exceção

"O estado de exceção é a contrafação do Estado de Direito".
— Pedro Estevam Serrano[36] —

Enquanto o positivismo jurídico de Hans Kelsen entende que o Estado é a própria ordem jurídica — uma visão da política subordinada à norma fundamental do direito —, o decisionismo de Carl Schmitt assume o Estado como substância anterior e autônoma em relação ao direito — uma visão do direito subordinado à decisão política soberana. Entre a norma jurídica e a decisão política, a questão a ser respondida nesse momento é: qual a relação entre direito e exceção?

No plano jurídico, o estado de exceção institui um sistema normativo em que só há uma norma: *o soberano tem o poder absoluto*. Segundo essa regra única de competência, todo o poder estaria concentrado na decisão soberana, inclusive a disposição sobre a vida e a morte entre cidadãos e inimigos.

Conforme identificado por Pedro Estevam Serrano (2015c), a fórmula schmittiana do poder soberano como decisão sobre o estado de exceção implicaria a prerrogativa de escolha entre duas ordens normativas. De um lado, em situações ordinárias permaneceria vigente o sistema normativo constitucional instituído. Por outro lado, existiria a possibilidade de o soberano desativar o ordenamento posto em situações alegadamente extraordinárias, instaurando-se uma nova ordem jurídica uninormativa segundo a qual não existiriam limites ao poder soberano.

Nessa perspectiva, não se deve confundir a categoria *estado de exceção* com instituto jurídicos tais como estado de sítio, estado de defesa, estado de guerra

[36] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção na América Latina contemporânea. *Revista Internacional de Direito Público*, v. 1, p. 79.

ou quaisquer outras medidas jurídicas excepcionais autorizadas explicitamente pelo ordenamento jurídico. Como aponta Giorgio Agamben (2007a, p. 15):

> [...] a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras. Nesse sentido, a escolha da expressão “estado de exceção” implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de “estado de sítio” e de “lei marcial” se revelam, entretanto, inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos “político” ou “fictício”, também um tanto equívocos. O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite.

É preciso distinguir o estado de exceção (i) enquanto *suspensão da ordem jurídica* como categoria distinta das (ii) situações jurídicas excepcionais previstas e reguladas no próprio ordenamento posto como forma de *normatividade excepcional* para situações de crise como guerra, catástrofes naturais, calamidade social ou abalo da ordem pública.

Com efeito, Pedro Estevam Serrano (2015a, p. 19-20) aponta a existência de dois tipos de exceção. De um lado, haveria o tipo de “exceção meramente aparente, estabelecida de forma autorizada e regulada pelo direito”. Em circunstâncias de guerra ou grave conflito interno, a suspensão de direitos se concretizaria na forma de um *direito especial* regulado pelo próprio ordenamento, tal como o estado de necessidade alemão, os decretos de urgência e estado de sítio italianos e franceses, as leis marciais e poderes de emergência da doutrina anglo-saxônica, o estado de defesa e o estado de sítio previsto nos na Constituição Federal brasileira de 1988.

De outra parte, haveria a “exceção verdadeira ou real” caracterizada pela imposição da decisão soberana acima da ordem jurídica instituída. Nesse caso, a solução para a situação extraordinária não é uma forma especial de direito proposta e regulada pelo ordenamento, mas resulta na própria suspensão do sistema normativo. A exceção verdadeira ou real aproveita-se da vaguidade semântica para

impor uma ordem jurídica uninormativa segundo a qual não existiriam limites ao poder soberano.

> E, há o segundo tipo, a exceção verdadeira ou real, em que por vontade política soberana, decisionista, há a suspensão do direito, implicando a submissão do jurídico ao político, sem qualquer racionalidade transversal entre essas dimensões da vida social. Esta é a exceção da qual nos ocupamos no presente estudo (Serrano, 2015a, p. 19-20).

Diante desse cenário, a concepção — jurídico-normativa (Hans Kelsen) ou político-soberana (Carl Schmitt) — que se adota sobre a natureza do Estado é determinante para concluir (i) se a política está subordinada à norma fundamental do direito ou (ii) se o direito está subordinado à decisão política. O normativismo kelseniano reduz o Estado à ordem jurídica porque são as normas jurídicas que explicam as relações de poder. Já o decisionismo schmittiano parte da premissa de que a vigência do ordenamento jurídico depende de uma decisão soberana, justificando a existência do direito a partir do poder soberano.

Na sociedade brasileira contemporânea, o autoritarismo é fruto das práticas fraudulentas de um sistema de justiça infiel à Constituição, que oculta a perseguição dos inimigos na forma de *novas interpretações, flexibilizações* ou *relativizações* dos direitos fundamentais e garantias individuais. Não há uma ditadura do Poder Judiciário, mas um sistema de justiça submisso à tirania do mercado soberano.

O direito se tornou a roupagem institucional para a imposição de um conteúdo tirânico. E a política deixou de estar subordinada à Constituição, na medida em que as demandas socialmente relevantes passaram a ser definidas na arena judicial e a atuação do sistema de justiça passou a adotar a aclamação social como paradigma decisório em detrimento à legalidade constitucional.

Como resultado, as decisões sociais significativas para o exercício da soberania popular são transferidas da arena política para as práticas de um sistema de justiça que abandonou o referencial normativo para se submeter à decisão soberana do mercado, anunciada como flexibilização das normas jurídicas em nome da opinião pública(da).

Retomando a premissa apresentada linhas acima, a chave para desvendar os mecanismos que caracterizam o estado de exceção na contemporaneidade remete à aproximação fraudulenta entre a *soberania de Carl Schmitt* e o monopólio da *norma hipotética fundamental de Hans Kelsen*.

Afinal, quem está no topo da pirâmide? Uma decisão política que define o ordenamento jurídico válido ou uma norma jurídica superior como fundamento de validade de todas as decisões políticas? A política decide quando o direito vale ou o ordenamento jurídico controla as decisões políticas? Para explicar o estado de exceção na contemporaneidade, adotamos a teoria de Pedro Estevam Serrano (2015a) no sentido de que a suspensão da Constituição ocorre pontualmente em situações concretas por medidas de exceção praticadas pelo sistema de justiça, no interior de um regime aparentemente democrático.

1.3.1. Autoritarismo líquido

> *"Vale lembrar que a história não se dá por fases estanques, como às vezes sua descrição em períodos nos livros didáticos sugere ao inadvertido. Ela se constitui em processos complexos, nos quais elementos de conformação política, social e de costumes do período anterior permanecem no posterior. Não há, inclusive, garantias contra retrocessos e involuções civilizatórias. Ordem há na descrição histórica e nas tentativas de compreensão; todavia, na história vivida, prevalece o caos"*
> — Pedro Estevam Serrano[37]—

[37] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 17.

Para compreendermos o funcionamento dos mecanismos autoritários na contemporaneidade, o ponto de partida é reconhecer que as formas de tirania acompanham o desenvolvimento e a complexidade social, adaptam-se às novas estruturas discursivas e se aperfeiçoam com o passar do tempo. O autoritarismo aprendeu a se camuflar sob o rótulo democrático, dando forma àquilo que Pedro Estevam Serrano (2018b) define como *autoritarismo líquido*.

Ninguém precisa de censura na era da pós-verdade. Nos países latino-americanos do século XXI, os atentados contra a soberania popular são promovidos por sistemas de justiça submissos ao poder econômico. Reeditando as formas ditatoriais explícitas, os regime autoritários do nosso tempo não operam segundo os mecanismos despóticos do século passado. Não há declaração formal de um estado de exceção que suspenda a lei genericamente, mas *medidas de exceção* produzidas no interior dos regimes que se declaram democráticos (Serrano, 2016c).

Se a forma tradicionalmente consagrada do estado de exceção no século passado identifica-se com a *suspensão universal do ordenamento jurídico* pelo soberano com o objetivo declarado de combater um inimigo que estaria colocando a sociedade em risco, a reedição contemporânea do fenômeno autoritário consiste na *suspensão pontual dos direitos fundamentais e garantias individuais* de determinados grupos de indivíduos apontados como inimigos da sociedade.

A era do *autoritarismo líquido* é a consagração da racionalidade neoliberal. O poder soberano passou a ser usurpado por uma articulação complexa entre o mercado, o sistema de justiça e os meios de comunicação de massa, que frauda a soberania popular na medida em que esvazia de sentido a Constituição Federal para atender aos interesses elitistas alinhados à racionalidade neoliberal.

Ao identificar o neoliberalismo como uma racionalidade governamental, Michel Foucault (2008b) aproxima sua concepção da razão de Estado, tendo em vista que a própria noção moderna de racionalidade política emerge de modelos teóricos que propõem meios para fundar, manter e ampliar o Estado. Trata-se de apreender a

especificidade entre princípios de governo, tecnologias de poder e conduta dos sujeitos.

A farsa do neoliberalismo é anunciar-se como nova roupagem das doutrinas liberais clássicas para ocultar a sua essência de generalização da vigilância social e do poder estatal. Para Michel Foucault (2008b, p. 180), o neoliberalismo assumiria a forma de "cobertura para uma intervenção generalizada e administrativa do Estado", de modo que não seria "nada mais que a mesma coisa de sempre, e a mesma coisa de sempre piorada".

No plano econômico, o autor considera não haver nenhuma proposta inovadora, senão as mesmas "teorias econômicas já surradas". Segundo uma abordagem sociológica, seria a instauração tradicional de relações estritamente mercantis. Do ponto de vista político, o neoliberalismo se apresentaria como uma forma de intervenção generalizada e administrativa do Estado (Foucault, 2008b).

Portanto, um dos efeitos mais relevantes dessa racionalidade seria o aparecimento do controle não mais como um contrapeso à liberdade, como ocorria na sociedade disciplinar, mas sim como seu instrumento fundamental que visa dar conta das crises de governamentalidade que essa arte liberal de governar produz no interior das economias capitalistas.

Ao contrário do liberalismo clássico, para Michel Foucault o neoliberalismo pressupõe a intervenção constante do Estado na economia. Trata-se de um Estado que atue o máximo possível na economia por meio de uma governamentalidade ativa, buscando com que o mercado produza no interior do governo.

> O governo deve acompanhar de ponta a ponta uma economia de mercado. A economia de mercado não subtrai algo do governo. Ao contrário, ela indica, ela constitui o indexador geral sob o qual se deve colocar a regra que vai definir todas as ações governamentais. É necessário governar para o mercado, em vez de governar por causa do mercado (Foucault, 2008b, p. 165).

Dessa forma, apreendemos o deslocamento da problemática liberal para o neoliberalismo, pois este passa a se interessar pela regulação do poder político que atua com base na estrutura da economia de mercado: "Não se trata portanto de liberar um espaço vazio, mas de relacionar, de referir, de projetar numa arte geral de

governar os princípios formais de uma economia de mercado" (Foucault, 2008b, p. 181).

No mesmo sentido, Pedro Estevam Serrano (2017a) entende que "o mercado não deseja um Estado mínimo como imaginado pelos liberais clássicos", mas "um Estado máximo, autoritário, a seu serviço". Segundo a lógica neoliberal, a atividade estatal assume um caráter de empresa a serviço do lucro e da concentração de riqueza, devendo atuar como garantidor do sistema financeiro e provedor da segurança patrimonial.

Para atingir esse resultado, os neoliberais transformaram um dos aspectos fundamentais da racionalidade liberal. Ao desassociar a economia de mercado dos princípios econômicos e políticos do *laissez-faire*, o neoliberalismo introduziu uma *política ativa sem dirigismo* que se situa "sob o signo de uma vigilância, de uma atividade, de uma intervenção permanente" (Foucault, 2008b, p. 183).

Essa permanente vigilância produz alterações estruturais no sistema jurídico. A forma empresa transforma o sistema político em um jogo de interesses privados, apelando ao sistema de justiça como instância de resolução de todos os conflitos. Para Michel Foucault (2008b, p. 204), "sociedade empresarial e sociedade judiciária, sociedade indexada à empresa e sociedade enquadrada por uma multiplicidade de instituições judiciárias são as duas faces de um mesmo fenômeno".

Em sua obra *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. Rafael Valim (2017, p. 35) afirma que "o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal".

Na síntese de Rubens R. R. Casara,

> Em vez da propalada dinâmica libertária, o neoliberalismo levou a mais uma espécie de despotismo, uma ditadura do mercado, em que se dá a imposição coercitiva — e o Sistema de Justiça Criminal serve a essa coerção — das leis de mercado. [...] O Poder Judiciário na pós-democracia deixa de ser o garantidor dos direitos fundamentais — função que deveria exercer mesmo que para isso fosse necessário decidir contra maiorias de ocasião — para assumir a função política de regulador das expectativas dos consumidores. O direito deixa de ser um

> regulador social, transformando em mais um instrumento para o mercado, o cidadão torna-se mero consumidor, a alteridade e o diálogo são negados [...], enquanto os conflitos capazes de gerar lucros são incentivados no ambiente do Sistema de Justiça (Casara, 2017, p. 41).

Desse modo, o intervencionismo jurídico seria responsável por assegurar as condições de desenvolvimento dessa nova forma de capitalismo neoliberal. Enquanto a concepção clássica sobre o estado de exceção propunha a criação de um *vazio jurídico* mediante a suspensão geral do ordenamento jurídico, o que assistimos no Brasil contemporâneo é o *esvaziamento dos direitos* especificamente direcionado a alguns grupos perseguidos por uma intervenção judicial legitimada pelo discurso midiático.

Foi preciso que uma estrutura fraudulenta assumisse as práticas reais de poder para implementar medidas autoritárias destinadas ao combate de inimigos do mercado soberano, camufladas na roupagem do discurso democrático. Eis o terreno fértil para o surgimento da tirania demagógica do sistema de justiça.

Portanto, a diferença do autoritarismo na contemporaneidade está na forma de exercício do poder. Podemos identificar que o segmento aclamado pela sociedade brasileira na década de 1960 era as Forças Armadas, originando-se um modelo em que o poder se concentrava nas mãos de lideranças do Poder Executivo que promoviam a suspensão formal do ordenamento jurídico.

Atualmente, parece não haver espaço para golpes dessa natureza porque as liberdades individuais e os direitos humanos foram alçados a conquistas irrenunciáveis da civilização ocidental. Operações com tanques militares nas ruas e soldados perseguindo inimigos são reservadas a situações extremas, mais como uma encenação demagógica do que algo concreto, um elemento de marketing eleitoral tal a intervenção militar no Rio de Janeiro (2018).

A verdadeira estrutura da exceção é o sistema de justiça que viola a Constituição com apoio do discurso midiático. O autoritarismo contemporâneo individualiza a negação dos direitos e garantias fundamentais a um grupo específico apontado como *inimigos*. Não se suspende o ordenamento jurídico como um todo para

persegui-los, mas pontualmente nega-se pontualmente a proteção jurídico-política e a própria humanidade inerente aos demais cidadãos.

Na América Latina e especialmente no Brasil atual, essa violação dos direitos e negação da condição humana a um determinado grupo de pessoas ocorre por intermédio da atuação do sistema de justiça. A hipótese assumida nesse momento é a de que os mecanismos de exceção se expandiram contemporaneamente através das práticas do sistema de justiça, que concentrou o exercício real do poder soberano e o prestígio aclamado socialmente, em detrimento à soberania popular e aos poderes legislativo e executivo.

Enquanto a ditadura militar brasileira suspendeu formalmente a ordem jurídica através de atos institucionais que suspenderam os direitos de toda sociedade, a tirania do sistema de justiça atinge seletivamente os seus inimigos. Embora distintos na forma de exercício do poder, as tradicionais ditaduras e o autoritarismo judicial compartilham o mesmo campo de apoio e sustentação na demagogia das massas.

> O significado da democratização ativa das massas consiste em que o líder político já não é proclamado candidato, em virtude do reconhecimento de sua competência no círculo de uma camada de notáveis, tornando-se então líder, por distinguir-se no Parlamento, mas sim passou a conquistar a confiança e a crença das massas em sua pessoa, e portanto seu poder, com os meios da demagogia de massas (Weber, 1999, p. 572).

Desse modo, o autoritarismo contemporâneo camufla-se no discurso democrático de modo mais eficiente e difícil de ser combatido. Uma tirania dos donos da riqueza assegurada pelas práticas judiciais, que combate o inimigo a pretexto de assegurar os direitos humanos, tal qual a previsão distópica de Aldous Huxley (2001/1932), que descreveu a ditadura perfeita como essência autoritária nas *"aparências de uma democracia, uma prisão sem muros na qual os prisioneiros sequer sonharão com a fuga. Um sistema de escravatura onde graças ao consumo e ao divertimento, os escravos terão amor à sua escravidão"*.

Afinal, qual a diferença entre o pensamento fascista e o discurso segundo o qual "bandido bom é bandido morto", tão em moda atualmente? Como analisar o pensamento de uma sociedade que celebra prisões e homenageia a execução de uma pessoa? Muda-se a roupagem, mas o discurso autoritário vive entre nós. Em

nossos tempos, a farda foi substituída pela toga (Serrano, 2016f), o fuzil deu lugar ao martelo e a mordaça virou a massificação das *fake news*.

Para Louis Althusser (1999, p. 119), o aparelho de Estado compreenderia duas formas: (i) um aparelho repressor, que atuaria predominantemente pela aplicação coercitiva de sanções em geral violentas e (ii) aparelhos ideológicos responsáveis pela construção de relações imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência.

> O Aparelho repressor de Estado "funciona", de maneira predominante, por meio da repressão (física ou não). Os Aparelhos ideológicos de Estado funcionam, de maneira predominante, por meio da ideologia. A unidade geral do Sistema de conjunto dos Aparelhos de Estado é garantida pela unidade da política de classe da classe que detém o poder de Estado e da Ideologia de Estado que corresponde aos interesses fundamentais da classe (ou das classes) no poder. Política da classe no poder e Ideologia de Estado (ideologia dominante = ideologia da classe dominante) têm como objeto garantir as condições da exploração das classes exploradas pelas classes dominantes, antes de tudo, a reprodução das relações de produção nas quais se efetua essa exploração já que essas relações de produção são as relações da exploração da formação social de classe considerada.

Esses elementos superestruturais repousariam sobre a infraestrutura das relações de produção, ou seja, da dinâmica de exploração e dominação de classe. Isso, porque toda superestrutura dos aparelhos de Estado teria por efeito garantir, simultaneamente, as condições de exercício dessa exploração (repressão) e a reprodução das relações de dominação (ideologia).

Destacam-se como elementos operacionais das *medidas de exceção* contemporâneas (i) a dominação ideológica instrumentalizada pela indústria da comunicação, com objetivo de produzir um consenso em torno dos interesses neoliberais; e (ii) a repressão dos inimigos pelo sistema de justiça criminal, numa farsa que oculta a perseguição de seres indesejáveis e/ou inconvenientes ao poder econômico a pretexto de promover a segurança pública.

Portanto, a *infraestrutura da exceção na contemporaneidade* deve ser analisada a partir da ascensão do neoliberalismo como forma de um novo modelo de

(re)produção e concentração de riquezas na sociedade capitalista. Enquanto elemento infraestrutural, a passagem do capitalismo industrial para o capitalismo financeiro foi determinante para a criação de uma nova forma de autoritarismo fragmentado em medidas de exceção praticadas pelo sistema de justiça.

Nesse cenário, a construção de uma teoria crítica do processo penal brasileiro na contemporaneidade requer um novo olhar a partir das medidas de exceção. Sem descuidar das premissas teóricas de Luigi Ferrajoli, o desafio de compreender o funcionamento do nosso sistema de justiça criminal implica a construção de um modelo teórico capaz de assimilar como as práticas reais autoritárias do sistema de justiça se ocultam fraudulentamente na pele do discurso constitucional democrático.

1.3.2. O soberano na contemporaneidade

> *"No Estado de Direito, os militares não têm por função o controle dos comportamentos e da vida. Quem tem é o sistema de Justiça, que envolve o Judiciário, o Ministério Público, as polícias e a advocacia. Na América Latina, é esse sistema de Justiça o principal agente da exceção. No passado, procuraram os militares. Hoje, procuram os juízes, promotores e delegados".*
> — Pedro Estevam Serrano[38] —

A soberania do Estado foi suprimida pelo *mercado soberano*. No topo da pirâmide, repousa o poder econômico. Os sistemas político e jurídico deixaram de responder aos interesses nacionais do povo para operar segundo a racionalidade

[38] https://www.brasildefato.com.br/2016/08/25/no-passado-procuraram-os-militares-hoje-os-juizes-afirma-jurista/

neoliberal do capitalismo financeiro, na medida em que as funções estatais passaram a ser colonizadas pelo poder econômico.

O mercado não atua diretamente, mas impõe sua governamentalidade no Brasil contemporâneo por intermédio da burocracia estatal, notadamente através de uma engrenagem formada pelo sistemas de justiça e midiático. Desvendar as formas de controle dos agentes políticos e dos aplicadores do direito pelos donos da riqueza é o desafio que passamos a enfrentar.

Se na concepção teórica tradicional o âmbito da soberania era delimitado pelo exercício do poder do Estado em nome do povo, a tese que propomos para compreensão do estado de exceção na contemporaneidade é a de que o poder soberano passou a ser exercido no âmbito do mercado, por uma elite que detém o capital financeiro e se apropriou do aparelho estatal para perseguir os inimigos e impor seus privilégios.

Quando toda função estatal responde apenas à proteção dos lucros concentrados nas mãos de uma classe privilegiada, as normas constitucionais são desconstruídas — ao argumento de serem reinterpretadas — pelas leis de mercado e os direitos fundamentais tornam-se mercadorias comercializadas de acordo com os interesses do poder econômico. Dessa forma, a dignidade humana é valorada pela métrica dos privilégios de quem detém o poder econômico: os verdadeiros soberanos.

> Com a ascensão da razão neoliberal e o estabelecimento do Estado Pós-Democrático, o mercado foi elevado à posição de principal regulador do mundo-da-vida. O mercado tornou-se o eixo orientador de todas as ações, uma vez que foi elevado a núcleo fundamental responsável por preservar a liberdade econômica e política. Os bens, as pessoas, os princípios e as regras passaram a ser valorizados apenas na condição de mercadorias, isto é, passaram a receber o tratamento conferido às mercadorias a partir de seu valor de uso e troca. Deu-se a máxima desumanização inerente à lógica do capital, que se fundamenta na competição, no individualismo e na busca do lucro sem limites (Casara, 2017, p. 39-40).

Nesse passo, a identificação dos verdadeiros soberanos no Brasil atual parte da proposta de Achille Mbembe (2016, p. 135), ao apontar que na contemporaneidade “a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não

importa, quem é ‘descartável’ e quem não é”. Afinal, quem decide e quais os interesses por trás de tais decisões?

O desmonte do Estado social e a deslegitimação do sistema político deixaram lacunas preenchidas pelo mercado e pelo sistema de justiça. Enquanto o mercado passou a assumir diretamente as tarefas do Estado de bem-estar social, as políticas públicas foram jurisdicionalizadas a ponto de todas as decisões socialmente relevantes serem submetidas ao poder judiciário. Nesse cenário, o sistema de justiça incorporou a lógica eficientistas do mercado.

Reconhecer que as decisões passaram a ser tomadas no âmbito do mercado implica concluir que a soberania deixou de ser uma questão de Estado para se tornar um poder exercido segundo os interesses de mercado. Por consequência, não mais se exerce a soberania como um poder público em nome do povo, mas sim como imposição de interesses particulares em nome de uma elite privilegiada.

Nesse cenário, o povo soberano, a quem deveria ser assegurado o exercício de um poder democrático no âmbito do Estado, foi subjugado pela elite que controla o capitalismo financeiro e impõe autoritariamente os seus lucros e privilégios pelo poder econômico exercido na esfera mercado.

A cooptação do poder soberano pelo mercado implica o enfraquecimento do Estado na esfera política, acompanhado do fortalecimento da violência estatal para reprimir condutas que atentem contra os donos do capital. Nas palavras de Laymert Garcia dos Santos (2007, p. 311), o mercado “precisa, evidentemente, de um Estado fraco como instância de decisão e formulação de política, mas forte como organismo gestor de população e dispositivo de controle social”.

> A esta altura já é possível entrever quem é o verdadeiro soberano. Quem decide sobre a exceção atualmente é o chamado “mercado”, em nome de uma elite invisível e ilocalizável; é dizer, o soberano na contemporaneidade é o mercado. Em última análise, o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal (Valim, 2017).

Com fundamento na abordagem de Achille Mbembe (2016) segundo a qual o soberano no mundo contemporâneo é quem aponta os seres humanos descartáveis, podemos concluir com Rafael Valim (2017) que “o mercado define os inimigos e o Estado os combate”.

Não são mais os agentes públicos que decidem as questões sociais com base na Constituição Federal, legitimados pela soberania popular e perante a estrutura democraticamente disciplinada — legislativa, executiva e judicial — do Estado. As decisões que orientam a criação legislativa, a gestão pública e a aplicação das normas passaram a ser tomadas pelos operadores do mercado com absoluto desprezo aos limites constitucionais.

É de se notar que Max Weber (1999, p. 576) já antevia o poder do dinheiro nos aparatos demagógicos em um Estado de massas:

> Por fim, quanto mais se expandissem as atividades econômicas próprias da burocracia estatal tanto mais fatalmente se faria sentir a falta de um órgão autônomo de controle que, como o fazem os parlamentos, exigisse explicações em público por parte dos funcionários todo-poderosos e que tivesse o poder de chamá-los para prestar contas. Tanto para a seleção de funcionários especializados quanto na crítica de seu trabalho, são completamente inadequados no Estado de massas os meios da democracia puramente plebiscitária: as eleições e votações populares diretas, e mais ainda o referendo de destituição. E se já não é insignificante o papel do dinheiro dos interessados para as atividades dos partidos nas eleições parlamentares, seu poder e o ímpeto dos aparatos demagógicos por ele apoiados alcançariam dimensões colossais nas condições de um Estado de massas, com o domínio exclusivo de eleições e votações populares.

Desse modo, a ideia exposta por Hugo Quiroga (1994, p. 112) é que a conexão entre Estado e mercado do final do século XX é muito diferente do início do capitalismo. “Assim, enquanto o capitalismo liberal foi a dominação da sociedade pelo *mercado*, e o ‘socialismo real’ foi a dominação da sociedade pelo *Estado*, o capitalismo do século XX é a dominação da conjunção de mercado e Estado”. No século XXI, entendemos que essa conjunção entre mercado e Estado aprofundou-se pela cooptação das esferas de poder estatal pelos interesses de uma elite que controla o mercado.

É o que Rafael Valim (2017) aponta como encarnação do mercado em uma elite que se apropria dos mecanismos de poder do Estado, subtraindo do povo a soberania:

> A agenda neoliberal imposta pelo governo ilegítimo – cujos contornos se amoldam perfeitamente à *doutrina do shock* exposta por Naomi Klein – somada à devastação da indústria nacional operada pela Operação Lava-Jato, apontam, univocamente, para o verdadeiro *soberano* no Brasil: o *mercado*, encarnado em uma elite que, apenas em 2015, apropriou-se, através de pagamento de juros e amortizações da dívida pública, de novecentos e sessenta e dois bilhões de reais do povo brasileiro, ou seja, quarenta e dois por cento do orçamento da União.

Portanto, o comando do mercado direciona a atuação do Estado e é exercido por uma elite que concentra a riqueza. No contexto do que Jessé Souza (2015, p. 256) aponta como "sequestro da política pelos donos do dinheiro", podemos ampliar essa perspectiva para demonstrar a cooptação dos sistemas político e jurídico pelo poder econômico.

Nesse passo, o desafio que se apresenta é identificar os mecanismos pelos quais os detentores do poder econômico impõem coercitivamente a defesa de seus privilégios — em total afronta aos direitos fundamentais e garantias individuais contemplados na Constituição Federal —, mediante a instrumentalização das funções do Estado a serviço de seus interesses. Essa cooptação se dá em duas dimensões: sistema político e sistema de justiça.

Inicialmente, pode-se perceber que a dominação do sistema político pelo poder econômico é mais direta e evidente. A influência explícita da classe que controla o poder econômico em relação aos poderes executivo e legislativo se dá, em síntese, por meio de três mecanismos de controle do sistema político: (i) financiamento de campanhas, (ii) lobismo e (iii) imposição de agências e tratados internacionais.

O financiamento das campanhas é a forma mais explícita de compra do poder político. No Brasil, até as eleições ocorridas no ano de 2014 era livre a doação

de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais.[39] Nesse ano, foi possível obter um retrato fiel de como a iniciativa privada corrompe oficialmente o sistema político: as campanhas gastaram no total mais de cinco bilhões de reais[40] e as 10 empresas que mais doaram ajudam a eleger 70% da Câmara[41].

Ressalte-se que a proibição do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas não impede a influência do poder econômico, já que ainda permanece a possibilidade de pessoas naturais figurarem como doadores, inclusive como autofinanciadores. Desse modo, ao invés de comprarem candidatos investindo em suas campanhas, a possibilidade que se apresenta é que os donos do dinheiro venham a ocupar diretamente os cargos eletivos financiando a própria campanha.[42]

Já o lobismo consiste na interferência velada ou ostensiva de grupos econômicos organizados com objetivo de influenciar no processo legislativo em favor de seus interesses. Em qualquer lugar do mundo, a linha entre corrupção e lobismo é tênue. Ilustrativamente, nos EUA a matéria é regulamentada e movimento mais de três bilhões de dólares no ano de 2017, sendo que existem mais de onze mil lobistas registrados no Senado.[43]

---

[39] Em decisão proferida no dia 17 de setembro de 2015 na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.650, o Supremo Tribunal declarou inconstitucional a possibilidade de doações de pessoas jurídicas a partidos políticos.

[40] "A campanha eleitoral deste ano apresentou um custo total de R$ 5,1 bilhões, segundo levantamento feito nas despesas declaradas ao Tribunal Superior Eleitoral. Em 2014, este foi o total gasto da campanha de todos os candidatos a deputado, senador, governador e presidente. Se comparado com o financiamento eleitoral total calculado pela ONG Transparência Brasil desde 2002, trata-se do maior valor da série já corrigido pela inflação. Naquele ano, foram gastos R$ 792 milhões". (BURGARELLI, Rodrigo. Campanhas gastaram R$ 5 bilhões em 2014. *O Estado de São Paulo*, 1 dez. 2014, Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,campanhas-gastaram-r-5-bilhoes-em-2014-imp-,1600362>. Acesso em 24 jun. 2018).

[41] "ete de cada dez deputados federais eleitos receberam recursos de pelo menos uma das dez empresas que mais fizeram doações eleitorais em 2014. Os top 10 doadores contribuíram financeiramente para a eleição de 360 dos 513 deputados da nova Câmara: 70%. É uma combinação inédita de concentração e eficiência das doações por parte das contribuidoras". (TOLEDO, José Roberto de; MAIA, Lucas de Abreu; BURGARELLI, Rodrigo. As 10 empresas que mais doaram em 2014 ajudam a eleger 70% da Câmara. *O Estado de São Paulo*, 8 nov. 2014, Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>. Acesso em 24 jun. 2018).

[42] "Com proibição de doações empresariais, políticos que possam custear a própria campanha levam vantagem" (Sem dinheiro, partidos buscam candidatos ricos. *O Estado de São Paulo*. Capa. 26 mar. 2018).

[43] TREVISAN, Cláudia. No Senado dos EUA, mais de 11 mil lobistas cadastrados. *O Estado de São Paulo*, 20 fev. 2018, Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,no-senado-dos-eua-mais-de-11-mil-lobistas-cadastrados,70002196021>. Acesso em 24 jun. 2018.

No Brasil, embora existam projetos de lei em trâmite no Congresso, o lobismo não é regulamentado e ocorre à margem da legalidade. As propostas de regulamentação do *lobby* contam com apoio de setores influentes da sociedade e são tradicionalmente apontadas como medida eficaz para reduzir os espaços de corrupção no sistema político[44], porém até o momento não foram aprovadas e a atividade lobista permanece obscura no país.

Ainda, o poder do capital financeiro internacional se impõe aos Estados nacionais por meio da imposição de agências internacionais e da celebração de tratados internacionais que vinculam as políticas públicas e a produção do ordenamento jurídico interno aos interesses da racionalidade neoliberal:

> O Estado de direito, enquanto modelo exportável, assenta nos princípios jurídicos modernos, reconhece as agências internacionais que asseguram a hegemonia do modelo capitalista neoliberal e reivindica a universalidade dos direitos humanos formulados a partir de uma perspectiva eurocêntrica, ao mesmo tempo que os evoca de forma seletiva, de acordo com os seus interesses. Esse modelo jurídico, que se apresenta como técnico e não político, respeita mais os mercados do que as pessoas, atropela ordenamentos jurídicos que regem outras culturas e outras organizações políticas e cria a sociedade civil incivil. [...] defendo que o direito, enquanto duplo da ciência, é um instrumento de expansão do colonialismo e do capitalismo, sendo responsável pela invisibilização jurídica e pelo silenciamento de sujeitos (Araújo, 2016, p. 111).

Isso posto, há de se reconhecer que os três mecanismos apresentados de aliciamento da estrutura política do Estado pelo mercado — financiamento de campanha eleitoral, lobismo e agências internacionais — são tradicionalmente conhecidos e abordados por inúmeras obras.

Entretanto, o fenômeno que mais interessa ao escopo desse trabalho é a *cooptação das estruturas do sistema de justiça pelos interesses elitistas do poder*

---

[44] "No Brasil frequentemente o lobby é considerado uma atividade desonesta e perniciosa. Já nas democracias consolidadas, como a dos Estados Unidos e de muitos países europeus, o lobby é considerado uma atividade legítima e característica da democracia. Pela experiência dos países que já o regulamentaram, o lobby torna mais transparentes as relações entre agentes privados. Com isso, ajuda a diminuir o número de atos de corrupção. E também amplia a participação de legítimos interessados no processo de discussão de políticas e de iniciativas legislativas e governamentais" Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,a-regulamentacao-do-lobby,70002171747>. Acesso em 24 jun. 2018.

econômico. Nesse processo de aliciamento do poder estatal pelos interesses do mercado, o sistema de justiça costumava ser visto como frente de resistência em defesa da Constituição e da soberania popular contra as investidas legislativas patrocinadas pela elite financeira.

Ocorre que nas últimas décadas o protagonismo do poder judiciário degenerou-se em um jogo de aparências tirânico a serviço dos interesses neoliberais. A atuação arbitrária do sistema de justiça é resultado das práticas adotadas pelo poder judiciário, ministério público, advocacia e polícias, que contemporaneamente têm se orientado — não mais pelo cumprimento do ordenamento jurídico — mas pelo desejo de audiência do espetáculo dirigido e legitimado pelo discurso midiático.

Concretamente, essa farsa autoritária se desenvolve pela violação das normas constitucionais e da legislação ordinária apelando-se à moralidade social. Na medida em que a hermenêutica jurídica é substituída pela valoração dos anseios do povo, os aplicadores do direito tornam-se a encarnação de divindades capazes de assimilar diretamente a vontade popular.

Em uma cerimônia que homenageava os 30 anos da Constituição Federal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux declarou que os juízes devem tomar decisões de acordo com os anseios da sociedade:

> À luz desses princípios constitucionais, que são as normas e regras, nós conseguimos plasmar decisões que são aquelas decisões que o povo espera do Judiciário. Porque a Constituição afirma que todo poder emana do povo e para o povo deve ser exercido, significa dizer não que nós tenhamos que fazer pesquisa de opinião pública para decidir, mas que quando estão em jogo razões morais, razões públicas, nós devemos proferir uma decisão que represente o anseio da sociedade em relação à Justiça (Ramalho, 2018).

Diante desse cenário, a tese que desenvolveremos é a de que o mercado exerce o controle do sistema de justiça mediante a dominação ideológica dos aplicadores do direito em quatro dimensões: (i) controle censitário, (ii) controle político, (iii) controle disciplinar e (iv) controle midiático.

Partimos da premissa de Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017), que em sua tese de doutorado analisa o funcionamento do sistema de justiça do Estado de

São Paulo e, dialogando com o pensamento de Élida Lauris (2013), define que a dinâmica estabelecida entre as elites política e jurídica opera segundo uma "lógica que conduz o Sistema de Justiça paulista em uma espiral elitista de afirmação corporativa e institucional" (Cardoso, 2017, p. 328).

> A ortodoxia do Estado de direito consiste no afunilamento das estratégias de desenvolvimento no âmbito de uma espiral elitista de afirmação corporativa e institucional. A crítica incide primeiramente no desenvolvimento económico que se estreita assumindo a forma de desenvolvimento das instituições do Estado. O investimento humano, por sua vez, traduz-se em investimento nas carreiras profissionais, nomeadamente carreiras jurídicas. Já as parcerias locais/transnacionais encerram-se em alianças entre altos servidores estatais, peritos e consultores estrangeiros. Ainda, a participação popular é esvaziada na canibalização da ação da sociedade civil pelos projetos do Estado. Reflete-se, assim, um ementário de reformas institucionais dirigidas especialmente a equipar as instituições e promover as carreiras profissionais. (Lauris, 2013, p. 137)

Afinal, como o poder econômico alicia o sistema de justiça? Quais as formas de controle da atuação dos intérpretes, aplicadores e julgadores? Qual a estratégia empregada na legitimação de interesses inconfessáveis executados por medidas de exceção que esvaziam de sentido o texto constitucional? Se a compra dos poderes executivo e legislativo se dá de forma explícita, a cooptação das engrenagens do sistema de justiça é mais complexa. A construção dessa espiral elitista passa por quatro formas de controle.

Em primeiro lugar, existe (i) um *controle censitário* no sistema de justiça. Há uma barreira de acesso às carreiras principais do alto escalão judiciário. Uma nobreza togada representada pelos "agentes portadores das estruturas de capitais que os distinguem dos demais juristas os quais circulam pelo campo jurídico, e que gravitam em torno do aparato de administração da justiça estatal, disputando sua direção e seu controle" (Almeida, 2010, p. 288).

O núcleo que compõe a esfera central onde se determinam as práticas de todo sistema de justiça no Brasil contemporâneo é composto pelos Tribunais Superiores, pelos Tribunais Estaduais e Regionais, pela magistratura, pelos

ministérios públicos e pela polícia federal. As camadas populares são excluídas desses cargos estratégicos pelas formas de investidura.

Se é muito difícil alguém das classes excluídas ser eleito a cargos legislativos ou executivos, o acesso aos cargos estratégicos do sistema de justiça é praticamente impossível. No extremo, os postos de chefia das carreiras jurídicas costumam ser produto de indicações políticas. Ilustrativamente, a carreira de ministro do Supremo Tribunal Federal é indicação privativa do presidente da República, a ser aprovado por maioria absoluta do Senado Federal, e exige do indicado notável saber jurídico e reputação ilibada.

Não fosse a evidente influência do poder econômico sobre os agentes responsáveis pela nomeação e aprovação dos ministros, o simples fato de se exigir "notável saber jurídico" num país de extrema desigualdade de oportunidades demonstraria por si só o caráter elitista própria das práticas judiciárias.

Mas essa exclusão é tanto mais cruel nos postos de entrada das carreiras estratégicas do sistema de justiça. Juízes, procuradores, promotores, delegados são cargos providos por concurso público. Anuncia-se uma forma democrática de acesso às carreiras, vendendo-se uma ilusão oculta pelo discurso da meritocracia dos concursos públicos.

A realidade é que os concursos públicos são mecanismos extremamente elitistas, nas palavras de Fernando de Castro Fontainha — um dos autores do estudo *Processos seletivos para a contratação de servidores públicos Brasil, o país dos concursos?* (FGV Direito Rio, 2014) — "concurso público é uma máquina de injustiça social"[45].

São membros das classes superiores (elite e classe média) que exercerão os cargo estratégicos do sistema de justiça de acordo com a sua visão de mundo. O discurso dessa nobreza togada pode ser percebido no discurso do ex-presidente do

[45] "Os concursos públicos no Brasil não foram feitos para escolher os melhores candidatos. Essa é a opinião do professor de Direito da FGV Rio, Fernando Fontainha, crítico voraz do sistema que filtra os ocupantes de cargos públicos no País. Para o acadêmico, a ideologia concurseira que se firmou ajuda a alimentar uma 'indústria milionária de cursos preparatórios e um sistema de arrecadação que desvirtuou os processos seletivos'" (LAPORTA, Taís. "Concurso público é uma máquina de injustiça social". Brasil econômico, 15 set.2014. Disponível em <http://economia.ig.com.br/carreiras/2014-09-15/concurso-publico-e-uma-maquina-de-injustica-social.html> Acesso em 30 mai. 2018).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que já em 2014 apontava as razões — dentre as quais o fato de que “não dá para ir toda hora a Miami para comprar terno” — para justificar a corrupção do sistema de remuneração dos magistrados com falso auxílio moradia:

> Este auxílio moradia, na verdade ele disfarça um aumento do subsidio que está defasado há muito tempo, não é? Hoje aparentemente o juiz brasileiro ganha bem, mas ele tem 27% de desconto de imposto de renda, ele tem que pagar plano de saúde, ele tem que comprar terno e não dá para ir toda hora a Miami para comprar terno, a cada dia da semana ele tem que usar um terno diferente, uma camisa razoável, um sapato decente, ele tem que ter um carro. Espera-se que a justiça, que personifica uma expressão da soberania esteja apresentável e há muito tempo não há o reajuste do subsídio, então o auxílio moradia foi um disfarce para aumentar um pouquinho e até para fazer com que o juiz fique um pouco mais animado, não tenha tanta depressão, tanta síndrome do pânico, tanto AVC e etc. A população precisa entender isso. No momento em que eles perceberem quanto o juiz trabalha eles verão que não é a remuneração do juiz que vai fazer falta. Se a justiça funcionar, vale a pena pagar bem o juiz. (TV Cultura, 2014)

Todavia, malgrado seja muito eficiente para os interesses elitistas, o controle censitário não é perfeito e sempre haverá uma minoria capaz de transpor as barreiras da “meritocracia”. Apesar de todos os obstáculos, é possível que membros das classes populares (ou mesmo pessoas das classes superiores comprometidas com um ideal de justiça social) ascendam aos cargos estratégicos do sistema de justiça.

Assim, para impedir a todo custo atitudes que contrariem seus interesses — mesmo que seja por uma extrema minoria —, o poder econômico se vale de outros três mecanismos de controle elitista como resistência ao desenvolvimento da soberania popular.

Além do mencionado controle censitário atuar como primeiro filtro de seleção dos integrantes das carreiras jurídicas, em segundo lugar há (ii) um *controle político* no sistema de justiça. A política interna que gravita em torno das eleições ou nomeações para cargos de gestão, os critérios remuneratórios, os métodos de designação e provimento aos postos de cada carreira alimentam a fixação de uma ideologia dominante nas instituições.

Nesse sentido, Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017, p. 135) a ampliação dos quadros de membros das carreiras, a ampliação de quadros dos demais servidores das instituições; o aumento de quadros e de remuneração; o aumento remuneratório dos membros das carreiras; o aumento remuneratório dos servidores; o aumento de vencimentos e diversas vantagens, o orçamento e a organização das carreiras jurídicas como eixos que caracterizariam essa *espiral elitista de afirmação corporativa e institucional*.

> As ações dirigidas sobretudo ao apetrechamento das instituições e à promoção das carreiras jurídicas parecem se desenvolver sem consciência crítica diante de um contexto que explicita, ao fim e ao cabo, a hegemonia do mercado. Considerando a forma como as instituições de justiça exerceram sua autonomia para apresentar projetos legislativos e considerando a magnitude das atribuições inerentes ao Sistema de Justiça, concluímos não ser possível afirmar que a autonomia das instituições judiciais necessariamente protege a democracia e promove a separação da justiça dos interesses específicos da política convencional (Cardoso, 2017, p. 165).

Em terceiro lugar, pode-se identificar (iii) um *controle disciplinar* destinado a censurar e manipular a conduta dos agentes do sistema de justiça. Para os integrantes das carreiras jurídicas que escapam ao filtro censitário e insistem em não se enquadrar nos parâmetros de atuação impostos pelo controle institucional, reserva-se uma perseguição ideológica travestida de procedimentos administrativos.

Nos últimos anos, diversos casos ganharam notoriedade. A juíza Kenarik Boujikian foi punida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por libertar pessoas presas preventivamente por mais tempo do que a pena fixada em suas sentenças[46]. Coube ao Conselho Nacional de Justiça anular a pena de censura aplicada pela Corte paulista[47]. O promotor de Justiça Rômulo Moreira foi condenado às penas de censura e suspensão por conta de publicações em redes sociais e “por ter publicado em rede social mensagem com conteúdo e linguagem ofensivos a

[46] Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/tj-sp-aplica-censura-juiza-soltou-presos-ouvir-colegiado>. Acesso em 24 set. 2018.
[47] Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85325-cnj-absolve-juiza-punida-por-libertar-presos-que-ja-tinham-cumprido-pena>. Acesso em 24 set. 2018.

respeito da atuação do Conselho Nacional de Justiça, de juízes e de ministro do Supremo Tribunal Federal”[48].

Da mesma forma, foi deflagrada perseguição ideológica contra André Nicolitt, Simone Nacif, Cristina Cordeiro e Rubens Casara. Em matéria do El País, anunciou-se: “Justiça persegue juízes por protestar contra o impeachment, mas esquece os que foram a favor”[49]. O jornal refere-se à abertura de procedimentos administrativos perante o Conselho Nacional de Justiça, contra os quatro juízes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que se manifestaram contrariamente ao impeachment de Dilma Vana Rousseff, sem que jamais o mesmo órgão tenha cogitado apurar as manifestações favoráveis a essa medida de exceção.

Já o magistrado Roberto Luiz Corcioli Filho foi afastado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de sua atuação na área criminal, em razão do conteúdo — apontado por um grupo de promotores como “garantista” — adotado em suas decisões. Tal medida ensejou denúncia da Conectas Direitos Humanos ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, contra as práticas adotadas pelo Tribunal paulista. A denunciante afirmou que “o controle ideológico de juízes que rompem com a cultura da prisão deve ser banido"[50].

Com efeito, o afastamento de um magistrado em razão de sua postura tida como “garantista” revela a ideologia dominante no sistema de justiça brasileira. A entrevista concedida pelo próprio juiz Roberto Luiz Corcioli Filho à pesquisadora Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017, p. 280) detalha esse cenário:

> O judiciário claramente tem incorporado uma quase missão de atuar como protagonista de segurança pública. Isso não é algo tão oficial, tão declarado, mas é claramente perceptível nas entrelinhas, nos meandros, nas mensagens ali concentradas. Por exemplo através de notícias que o Tribunal coloca e prioriza no seu site, sempre destacando sentenças e decisões que mostram a efetividade do judiciário como parceiro do combate ao crime. Isso é um exemplo: no meio destes símbolos, destes

[48] Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11417-plenario-aplica-penas-de-censura-e-suspensao-a-procurador-de-justica-do-mp-ba>. Acesso em 24 set. 2018.
[49] Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/30/politica/1509403952_011836.html>. Acesso em 24 set. 2018.
[50] “The ideological control of judges that break with the culture of imprisonment must be banned". Disponível em < https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Pronunciamento%20Oral%20-%20Sess%C3%A3o%20Independ%C3%AAncia%20Judicial_Conectas_AJD%20(ing)_FINAL.pdf > Acesso em 24 set. 2018.

> signos, você consegue captar que o judiciário se coloca como co-protagonista na segurança pública.

Assim, a pesquisa empírica de Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017, p. 330) demonstrou concretamente "a possibilidade de controle do conteúdo das posições assumidas pelos membros das carreiras, que podem ser mudados de área temática em função do teor das suas decisões".

Em quarto lugar, somando-se aos controles censitário, institucional e ideológico, existe permanentemente (iv) um controle midiático em relação às demandas estratégicas que incumbem ao sistema de justiça. Sobre a manipulação promovida pelos meios de comunicação, Max Weber (1999, p. 553) destacou "pode-se muito bem chamar o atual estado das coisas de 'ditadura' baseada no aproveitamento da emotividade das massas".

De fato, a patrulha ideológica promovida pelo sistema midiático brasileiro se aproxima de uma espécie de ditadura que apela à emotividade do auditório. Numa estrutura que se retroalimenta, os discursos do sistema de justiça e dos veículos de comunicação de massa intimidam, execram e expõem os inimigos ao passo que legitimam a ideologia punitivista e esvaziam de sentido os direitos e garantias fundamentais.

A máquina judicial-midiática criou um cenário bem resumido nas declarações do Ministro Sebastião Reis, do Superior Tribunal de Justiça, para quem os vazamentos seletivos de conteúdos sigilosos são usados para estimular a sanha acusatória que tomou conta do país: "hoje em dia é preciso mais coragem para absolver um inocente do que para tirar a liberdade de alguém"[51].

---

[51] "O ministro, que compõe a 6ª Turma do STJ, responsável por processos criminais, se disse chocado com uma cena que viu no STF recentemente, onde repórteres faziam fila na porta da assessoria para obter informações sobre "alguma dessas famosas lista". "Conversando com advogados, eles diziam que não haviam tido acesso e a única forma para conseguir aquilo era pedindo a um repórter, porque no tribunal não era possível. É nesse mundo que vivemos. Essa situação que poucas vozes ousam questionar e quem o faz certamente será massacrado, taxado de bandido", frisou. Hoje em dia, não é mais necessário ter coragem para prender alguém, mas para absolver um inocente, criticou. Ao lembrar de seu pai, Sebastião Reis, um dos 70 primeiros juízes federais do país, ele disse que os tempos atuais "são loucos". "Não estamos mais no tempo dele, quando juízes falavam nos autos e evitavam maior contato com a imprensa", afirmou." Disponível em < https://www.conjur.com.br/2017-set-15/mp-usa-midia-forcar-condenacoes-leis-imorais-ministro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook >. Acesso em 24 set. 2018.

Nesse contexto, pode-se identificar o *sistema de justiça submisso aos interesses do mercado como fonte da exceção na contemporaneidade* ao reproduzir mecanismos elitistas de dominação colonial contra uma humanidade subalterna aos interesses econômicos, esvaziando de sentido a Constituição Federal em nome da manutenção dos privilégios da classe dominante.

1.3.3. Do positivismo jurídico ao neconstitucionalismo

> *"A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa".*
> — Hans Kelsen[52] —

A questão a ser respondida nesse momento guiará o estudo sobre um processo penal manipulado como medida de exceção: como o sistema de justiça viola as normas jurídicas a pretexto de aplicá-las? Em outras palavras, qual o referencial adotado para justificar decisões com apelo moralista que contrariam a Constituição Federal? Como admitir que a *interpretação* da lei para um caso concreto resulte na própria *negação do texto normativo*?

Sem a pretensão de exaurir o tema, o fenômeno observado ocorre especialmente a partir da deturpação da *teoria da interpretação* formulada por Hans Kelsen, em propostas que se autointitulam neoconstitucionalistas ou pós-positivistas.

---

[52] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 250.

Nesse cenário, o intérprete assume a interpretação jurídica como *ato de vontade* realizado a partir de *opções morais individuais*, impondo as próprias convicções, preconceitos, crenças e valores em práticas que se anunciam aplicação da lei, mas não passam de gestos autoritários.

Como visto inicialmente, a experiência do segundo pós-guerra resultou na positivação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais. A fraude perpetrada pelo sistema de justiça contemporâneo é fruto da manipulação dessa *pauta moral objetiva* positivada nos textos constitucionais como justificativa para imposição dos *valores morais do intérprete ou da chamada "voz das ruas"*.

Ao invés de se interpretar as normas jurídicas de acordo com os valores enunciados na Constituição, utiliza-se das categorias morais positivadas para ocultar atos tirânicos. Perseguições político-econômicas em pele de processos jurídico-penais: compreender as medidas de exceção no sistema criminal exige retomar, ainda que brevemente, a ideia central da teoria da interpretação segundo o positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Inicialmente, é preciso relembrar que todas as concepções positivistas devem ser analisadas de acordo com seu princípio metodológico fundamental. A teoria kelseniana (1999, p. 1) pretendeu declaradamente "libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos", visando afastar um sincretismo metodológico que impediria atingir a essência da ciência jurídica.

Não por outra razão, o título da obra em que Hans Kelsen se propõe a estabelecer as bases do positivismo jurídico é *Teoria Pura do Direito [Reine Rechtslehre, 1934]*. A "pureza" significa que a teoria pretende *conhecer única e exclusivamente* seu objeto: o Direito positivo em geral, não um ordenamento jurídico específico.

Conforme essa proposta metodológica, o positivismo não se ocupa de questões ideais sobre como o Direito deveria ou poderia ser. Nesse ponto, distingue-se das demais ciências para avocar a condição de legítima "ciência jurídica e não política do Direito" (Kelsen, 1999, p. 1).

> Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (Kelsen, 1999, p. 1).

O déficit cognitivo que costuma fundamentar as críticas ao positivismo é a confusão entre positivismo jurídico e *formalismo ético*. O que Norberto Bobbio (2016) conceitua como formalismo ético — também identificado como legalismo — seria uma concepção meramente formal e legalista da justiça, segundo a qual apenas a conformidade de um ato com o ordenamento jurídico seria o parâmetro moral de justiça; ou seja, tudo que está previsto em lei seria ético e justo, enquanto a transgressão à lei caracterizaria sempre um ato moralmente reprovável e injusto.

Portanto, segundo uma concepção formalista de justiça a lei positivada seria por si só o parâmetro do (in)justo pelo simples fato de ser lei. Trata-se da redução da justiça à validade legislativa, a partir de uma lógica que confunde normas jurídicas válidas com normas moralmente justas. “Essa concepção da justiça chama-se ‘formal’ porque define a ação justa como cumprimento do dever, o homem justo como aquele que cumpre seu dever” (Bobbio, 2016, p. 104).

Dessa forma, não haveria sequer como conciliar o princípio metodológico da Teoria Pura do Direito com uma concepção formalista de justiça. O que Hans Kelsen propõe é exatamente o oposto, já que sua teoria não se propõe a examinar o conteúdo de um ordenamento jurídico específico ou tratar de concepções idealizadas de como deveria ser o Direito, mas apenas em conhecê-lo como efetivamente é.

Validade não implicaria justiça, injustiça não implicaria invalidade:

> Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados (Kelsen, 1999, p. 28).

Ao propor que a ciência jurídica não deve ter como objeto justificar o Direito, Hans Kelsen pretende libertá-la dos valores morais. Essa *libertação jurídica da moral*

jamais poderia ser tomada como *justificação moral* de qualquer ordenamento jurídico concreto, pois o recorte metodológico positivista resulta na própria incompatibilidade de qualquer tentativa de legitimação de um ordenamento jurídico com fundamento na Teoria Pura do Direito.

O positivismo jurídico kelseniano pode ser entendido como *formalismo jurídico*, mas jamais como formalismo ético. Ou seja, é possível que existam normas jurídicas injustas em Estados totalitários e a ciência jurídica deve reconhecer que elas fazem parte do ordenamento desses Estados, sem que isso implique qualquer valoração moral ou política a respeito da legitimidade dessas normas.

Uma vez compreendida a dimensão da pureza metodológica em que se sustenta o positivismo jurídico, deve-se ressaltar a importância atribuída por Hans Kelsen à teoria da interpretação, apresentada no Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito [Reine Rechtslehre, 1934]*.

O parágrafo que inaugura a obra deixa claro que o legado da Teoria Pura do Direito é fornecer uma *teoria da interpretação* a partir do recorte metodológico que imuniza a ciência jurídica dos elementos psicológicos, sociológicos, éticos e políticos:

> A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação (Kelsen, 1999, p. 1).

Nesse passo, a teoria da interpretação fornecida pelo positivismo jurídico kelseniano parte da lógica segundo a qual interpretar equivaleria a progredir de um escalão superior para um escalão inferior. O legislador interpretaria a Constituição criando normas jurídicas mediante o processo legislativo, enquanto o juiz interpretaria as normas criando sentenças judiciais mediante o processo de aplicação das leis.

É importante perceber que o autor não trabalha com a possibilidade de eficácia plena e aplicabilidade direta das normas constitucionais. Para o autor, a estrutura escalonada da ordem jurídica operaria segundo a lógica de que uma norma superior apenas determinaria o processo pelo qual outra norma seria produzida. Assim, a Constituição não vincularia o conteúdo material da legislação

infraconstitucional em todos os casos, mas sempre disciplinaria a regulação formal da produção normativa.

Desse modo, parte-se de uma inevitável indeterminação do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, o legislador faria escolhas com base nas disposições constitucionais, produzindo normas jurídicas (processo legislativo). Na sequência, o aplicador do direito faria escolhas com base em tais normas jurídicas para criar normas concretas individuais (interpretação jurídica). Em todos os casos, sempre haveria incompletude da norma superior e discricionariedade na produção da norma inferior.

> A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato (Kelsen, 1999, p. 246).

Portanto, o direito é encarado como uma *moldura* dentro da qual existiriam várias possibilidades de aplicação. Ao escolher uma das possibilidades, o intérprete pratica “um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (Kelsen, 1999, p. 250).

O positivismo jurídico distingue a chamada *interpretação autêntica* feita pelo órgão aplicador do direito de todas as outras formas de interpretação, especialmente a desempenhada pela ciência jurídica. Só a atividade dos órgãos jurídicos criaria direito, restando à interpretação jurídico-científica a tarefa de estabelecer todas os possíveis significados de uma norma jurídica. Para Hans Kelsen (1999, p. 250), a ciência jurídica deveria se limitar a apontar os limites da moldura dentro da qual o aplicador do direito faria as suas escolhas.

Entretanto, o mais relevante aos propósitos da tese que temos construído é o fato de que Hans Kelsen reconhece a possibilidade de o órgão judicial produzir uma norma *completamente fora da moldura*:

> A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão

> jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo — especialmente pelos tribunais de última instância (Kelsen, 1999, p. 250).

Assim, a primeira conclusão é que o positivismo jurídico identifica a interpretação como *ato de vontade* do órgão responsável pela aplicação do direito, de modo que a norma jurídica representaria uma *moldura* dentro da qual o intérprete escolheria entre diversas possibilidades, sendo possível inclusive que a interpretação autêntica se dê completamente *fora da moldura*.

É importante retomar o entendimento de que Hans Kelsen (1999, p. 248) não admitia eficácia plena e aplicabilidade direta das normas constitucionais, trabalhava apenas com a interpretação direta da Constituição no processo legislativo. Desse modo, o autor não reconhecia “qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”. Não haveria uma intepretação correta, mas apenas interpretações possíveis dentre as escolhas predeterminadas pela norma jurídica.

Ocorre que a mudança de paradigma do segundo pós-guerra alterou profundamente a concepção dominante sobre eficácia e aplicabilidade da Constituição. Ao contrário dos textos constitucionais que se limitavam a estabelecer regras de procedimento, autoridade e forma, as novas Constituições passaram a adotar uma pauta moral alinhada aos direitos humanos.

Essa *positivação do direito natural* passou a condicionar toda forma de exercício do poder estatal ao conteúdo político preestabelecido nas normas constitucionais, resultando em proibições e obrigações aos Estados. Houve um

processo de reconexão entre direito e moral que produziu no Brasil atual uma concentração absoluta de poderes no sistema de justiça.

Se toda concepção teórica do positivismo jurídico estava ancorada na rígida separação entre direito e moral, a trágica experiência da Segunda Guerra Mundial condicionou o *dever ser* dos ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais ditas democráticas a uma pauta moral positivada em direitos fundamentais contemplados na Constituição.

Nesse movimento de escala global a partir do segundo pós-guerra, podemos reunir sob o rótulo *neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo* as teorias que propõem uma nova leitura do constitucionalismo ao condicionar a validade jurídica à conformidade moral do ordenamento — justificada pela reconexão indissociável entre direito e moral —, que ensejaria a mudança de paradigma da aplicação normativa do tradicional modelo de subsunção positivista para uma nova proposta de *ponderação* normativa.

> Apresentado esse breve panorama histórico, é possível examinar as principais características do neoconstitucionalismo. Nos termos antecipados, três teses são associadas a ele: a) a divisão entre regras e princípios; b) a aplicação do direito por ponderação; e c) e a vinculação necessária entre direito e moral. Há uma relação conceitual entre elas, ainda que seja possível a defesa das duas primeiras sem a assunção da terceira (Martins, 2017).

Se o positivismo jurídico estava ancorado na clara separação entre direito e moral[53], o reconhecimento da força normativa de Constituições rígidas que positivaram direitos fundamentais, num movimento praticamente uniforme no mundo ocidental a partir do segundo pós-guerra, originou modelos teóricos estruturados a partir da *conexão entre direito e moral.* Para essa parcela da doutrina que podemos agrupar como neoconstitucionalista ou pós-positivista, a justiça seria condição de validade das normas jurídicas.

---

[53] “Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral” (Kelsen, 1999, p. 48).

Sobre a origem do termo *neoconstitucionalismo*, Ricardo Marcondes Martins (2017) aponta ter sido proposto pela Escola de Gênova, mas consagrado por constitucionalista espanhóis e latino-americanos para caracterizar o pensamento de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino.

Se a concepção positivista de Hans Kelsen estabelecia *não haver uma intepretação correta* — mas apenas escolhas possíveis ao intérprete —, a proposta neoconstitucionalista nega ao aplicador do direito a possibilidade de agir discricionariamente. Haveria, ao menos na concepção ideal, uma *intepretação correta* a ser obtida mediante a aplicação de regras e princípios segundo postulados racionais. A crise se instaura pelo desvirtuamento dessa proposta teórica, quando os aplicadores do direito avocam para a própria subjetividade a *intepretação correta.*

Nesse passo, Ricardo Marcondes Martins (2017) conclui que o neoconstitucionalismo, ao menos idealmente, importaria na redução das margens de discricionariedade do intérprete:

> Paradoxalmente, por outro lado, o neoconstitucionalismo importa numa sensível redução do âmbito decisório do Poder Judiciário. Segundo as premissas do positivismo jurídico, muitas vezes a escolha, pelo magistrado, entre uma interpretação "X" ou uma interpretação "Y" apoia-se apenas na vontade do julgador. Quer dizer, para o positivismo é inerente à função jurisdicional uma esfera de atuação discricionária. Segundo as premissas neoconstituconais, o magistrado não possui margem de decisão volitiva. Deve buscar a interpretação correta, a partir das pressuposições próprias da Ciência do Direito (pretensão de justiça, coerência etc.).

Todavia, a realidade do sistema de justiça brasileiro tem demonstrado a deturpação dos propósitos declarados pelo neoconstitucionalismo, aproximando-se de um *direito alternativo* construído casuisticamente pelos aplicadores do direito, afastando as normas jurídicas em benefício das próprias convicções.

Esse é o cenário que levou Eros Grau (2018a) a declarar ter *medo dos juízes*: "em especial dos juízes dos nossos tribunais, que insistem em substituir o controle de constitucionalidade por controles de outra espécie, quais os da proporcionalidade e razoabilidade das leis e da ponderação entre princípios". Para o

autor, a *ponderação* consiste em uma formulação arbitrária de juízos de valor que fulmina a segurança jurídica.

> Partindo da pressuposição de que a Constituição de 1988 consagre um Estado Democrático de Direito construído mediante a manipulação de princípios e valores, fazendo tabula rasa das regras de Direto positivo, nossos *neoconstitucionalistas* (lastimo dizer nossos) são como que sucessores, a ele retornando, do chamado *direito alternativo*. Aquele movimento, importado da Itália, que surgiu por aqui na década de 1980 e se foi, felizmente, no início dos anos 90. Limito-me a lembrar que há anos afirmei, no meu *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*: o direito alternativo volta e meia consubstancia nada mais que uma nova versão da velha regra que recomenda tudo para os amigos e para os inimigos, a lei. Nossos juízes e tribunais alternativos estão a se transformar em meros produtores da *justiça de cádi*, qual a ela se referia Max Weber. Isso tudo terá fim quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado. Juízes e tribunais limitar-se-ão, corretamente, à prática da prudência, a velha *phrónesis* aristotélica. Voltarão a exercitar a prudência do Direito – a *juris prudentia* –, incompatível, estranha, adversa aos desempenhos artísticos televisivos (Grau, 2018b).

O exercício desse poder autoritário se dá pela declarada *relativização* das normas constitucionais, numa farsa que oculta a verdadeira natureza de *suspensão de direitos fundamentais e garantias individuais* para determinados grupos sociais.

> Então, o que temos no Brasil e na América Latina de um modo geral é a existência de um estado de exceção que governa com violência os territórios ocupados pela pobreza, amparado em um sistema de justiça que não pune os crimes cometidos contra os cidadãos. Só se fala de impunidade quando o crime é contra o Estado. E temos também o uso do Judiciário como instrumento de legitimação de processos de impeachment e de perseguição de adversários políticos. (Serrano, 2016c).

Para Giorgio Agamben (2007a), o estado de exceção separa *norma* e *aplicação* para dar origem ao que chamou de "força-de-~~lei~~" (força sem lei: porque a ordem jurídica é suspensa)[54]. Reeditando lógica semelhante para a sociedade brasileira contemporânea, pode-se identificar que as medidas de exceção separam

[54] "O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura 'força-de-~~lei~~' realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa" (Agamben, 2007a, p. 61).

norma e *interpretação* para dar origem a uma espécie de "~~força~~-de-lei" (lei sem força: porque a ordem jurídica é fraudada).

Se na concepção tradicional dos regimes autoritários do século passado havia a suspensão formal do ordenamento jurídico mediante uma decisão soberana do chefe do poder executivo, na contemporaneidade os atos tirânicos travestem-se de *interpretações normativas com fundamento na moralidade do próprio intérprete* que esvaziam de sentido a Constituição Federal e suspendem direitos fundamentais dos inimigos como tática de guerra na luta de classes dos nossos tempos.

O propósito declarado permanece o mesmo: *combater um inimigo*. Mas, se antes o discurso da exceção era construído especialmente com referências ideológicas (comunistas) ou étnico-religiosas (negros, judeus), atualmente a criação de personagens como *corruptos, bandidos, traficantes, ladrões e terroristas* são rótulos empregados na farsa judicial que visa combater uma humanidade subalterna à infraestrutura neoliberal sem abandonar a mediação com a aparência democrática.

> No universo latino-americano, por sua vez, a exceção se prestou ao esclarecimento de diversas realidades, entre as quais podemos citar as providências do Estado colombiano para enfrentar organizações paramilitares, as medidas de emergência econômica na Argentina durante a década de 90 do século passado e, mais recentemente, decisões judiciais, de natureza reconhecidamente excepcional, proferidas por autoridades judiciárias brasileiras a pretexto de "combater" a corrupção, a que se tem denominado "estado de exceção judicial" (Valim, 2017, p. 12).

Desse modo, o sistema de justiça forja interpretações do direito contrárias à Constituição Federal e ao ordenamento posto, amparadas pelo discurso midiático que pretende ocultar o propósito fraudulento de legitimar formalmente — através do procedimento institucionalizado das práticas judiciais ditas democráticas — a atos essencialmente autoritários que afrontam a soberania popular.

Se o mercado seleciona os inimigos e os meios de comunicação de massa legitimam essa dominação de classe, cabe ao sistema de justiça concretizar a perseguição através de medidas de exceção. Não há forma de uma nova Constituição, mas um processo de esvaziamento de sentido dos direitos fundamentais e garantias

individuais em atos concretos. "Uma nova forma de exceção. Uma fraude, na verdade. Sob o manto da democracia produzem-se medidas de exceção." (Serrano, 2017a).

O sistema de justiça brasileiro intensificou o potencial autoritário tanto do positivismo jurídico quanto do neoconstitucionalismo, na medida em que tem assumido a interpretação jurídica como *ato de vontade* e distorcido a pauta moral constitucional em nome dos próprios *valores e crenças* pessoais. Quando a moralidade do intérprete se sobrepõe à ideologia adotada pela Constituição, a tirania do sistema de justiça profana a soberania popular.

1.3.4. Medidas de exceção e processo penal de exceção

> *"Uma nova forma de exceção. Uma fraude, na verdade. Sob o manto da democracia produzem-se medidas de exceção."*
> — Pedro Estevam Serrano[55] —

Mais convicções, menos fatos. Marca dos nossos tempos, a *pós-verdade* — eleita palavra do ano de 2016 pelo *Dicionário Oxford*[56] — traduz as circunstâncias em que fatos objetivos têm menos relevância do que apelos a emoções e crenças pessoais.

Para que se possa compreender o funcionamento dos mecanismos autoritários na contemporaneidade, é preciso retomar a premissa inicial no sentido de que as formas de tirania acompanham o desenvolvimento e a complexidade social,

---

[55] *Entrevista: "Sob o manto da democracia produzem-se medidas de exceção"*. Carta Capital. Disponível em: < https://www.cartacapital.com.br/revista/965/sob-o-manto-da-democracia-produzem-se-medidas-de-excecaoAcesso em: 15.12.2017.

[56] "After much discussion, debate, and research, the Oxford Dictionaries Word of the Year 2016 is *post-truth* – an adjective defined as 'relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief'". Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016> Acesso em: 16.jun.2018.

adaptando-se às novas estruturas discursivas e se aperfeiçoando com o passar do tempo.

O autoritarismo aprendeu a se camuflar em medidas de exceção envoltas no rótulo democrático, uma forma de mediação da tirania com o discurso institucional. Pedro Estevam Serrano (2018a) destaca que essas novas formas de autoritarismo são abordadas por diversos autores: Ronald Dworkin trata da perda do *common ground*, Luigi Ferrajoli desenvolve o tema do poder desconstituinte, Norberto Bobbio aponta o surgimento de novos despotismos, Achille Mbembe apresenta o devir negro do mundo, Boaventura de Sousa Santos propõe a categoria da democracia de baixa identidade.

A múltipla abordagem do fenômeno autoritário na contemporaneidade por autores de formações e origens tão diversas demonstra uma tendência mundial. Em comum, a criação de um mecanismo que Giorgio Agamben (2007, p. 35) apontou como *máquina letal* originada pela fusão das categorias romanas *auctoritas* e *potestas* num sistema jurídico-político tirânico, pois “quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina leta”.

Nesse contexto, Pedro Estevam Serrano (2018b) define o fenômeno como *autoritarismo líquido*. Medidas tirânicas fragmentadas na rotina das sociedades ditas democráticas, diferentemente dos governos ou estados de exceção próprios do século XX. Essa nova forma de autoritarismo líquido seria fruto de medidas de exceção produzidas no interior da democracia, mediadas com formas republicanas institucionalizadas, diluídas em atos, ritos e procedimentos democráticos. Assim, o conteúdo tirânico de combate ao inimigo passa a se ocultar na roupagem democrática.

As medidas de exceção se aproveitam da mediação com as formas democráticas para impor um conteúdo autoritário. São atos essencialmente tirânicos destinados a combater um inimigo específico, que se ocultam sob a forma

institucionalizada da aparente legalidade dos atos praticados pelo sistema de justiça, no interior de regimes que se anunciam democráticos[57].

Diante da concentração extrema da riqueza que expandiu o abismo entre as classes nas sociedades ocidentais durante as últimas décadas, restou ao Estado a missão de assegurar a dominação, exploração e submissão do ser humano através de práticas ainda mais autoritárias e envoltas pelo discurso de garantia da segurança e da paz.

Próprias de um regime de natureza ditatorial com aparência institucional democrática, as medidas de exceção promovem o esvaziamento de sentido das normas constitucionais contra um grupo perseguido e tratado como inimigo, desprovidos da proteção jurídica e política inerente a todo ser humano.

> Muito mais difícil é identificar medidas de exceção e Estado de polícia dentro dos Estados democráticos, mas elas inexoravelmente existem. No Brasil contemporâneo, por exemplo, a figura do inimigo deixou de estar dispersa por toda sociedade (já que o inimigo comunista da ditadura não possuía feição, podendo estar presente em todos os níveis sociais); hoje, identifica-se com a figura mítica do bandido, o agente da violência que quer destruir a sociedade (Serrano, 2015, p. 116).

Nesse sentido, Pedro Estevam Serrano (2016a) distingue dois padrões em que as medidas de exceção são produzidas nas sociedades ocidentais: (i) países em que prevalece uma *legislação de exceção*, criando-se um regime jurídico especial em que o poder executivo atua violentamente na perseguição de inimigos; e (ii) países em que prevalece uma *jurisdição de exceção*, mantendo-se formalmente o mesmo regime jurídico a todos, porém com atuação seletiva do sistema de justiça na perseguição dos inimigos.

---

[57] "O que vemos no Brasil de hoje é a produção cada vez mais intensa daquilo que eu tenho chamado em meus escritos de medidas de exceção no interior da democracia. Essas medidas são mais cirúrgicas em relação aos Estados ou governos de exceção típicos do século XX, mas com igual intensidade autoritária no âmbito em que elas atuam e menor possibilidade de percepção pela sociedade, uma vez que são produzidas sob aparente legalidade democrática e não há, na estrutura estatal, o *locus* característico do ditador. Essas medidas se assemelham ao que ocorreu no nazismo e no fascismo no plano estrutural, uma vez que se valem das formas democráticas para praticar o autoritarismo por meio de medidas específicas, precisas, com objetivos e inimigos demarcados" (Serrano, 2017d).

Nos Estados Unidos da América e no continente europeu, prevalece o modelo de *legislação de exceção*. As medidas de exceção são instituídas por *atos legislativos* ou de caráter normativo que ampliam o poder executivo como agente da exceção. Cria-se um regime jurídico especial que costuma ser justificado pela proteção à segurança nacional, destinado a combater alvos que colocariam em risco a sociedade. Rótulos como terroristas, traficantes e refugiados são empregados para ocultar a perseguição de pobres e imigrantes. Como exemplo, o *USA Patriotic Act*, as leis antiterrorismo e o controle de estrangeiros em campos de refugiados. Em síntese, a legislação de exceção estabelece um regime jurídico especial em que determinados grupos (inimigos) não têm acesso aos mesmos direitos e garantias que outros (cidadãos).

Na América Latina e especialmente no Brasil, desenvolveu-se um modelo de *jurisdição de exceção*. As medidas de exceção são produzidas por atos de um *sistema de justiça* amparado pelo discurso midiático que apela ao clamor social. Não há criação de um regime jurídico especial nem justificativas de segurança nacional, mas atos tirânicos que se anunciam como aplicação do direito.

Os aplicadores do direito passam a atribuir casuisticamente aos fatos e às normas postas o significado mais conveniente aos seus interesses, segundo um apelo moralista que frauda a essência da Constituição a pretexto de aplicar seus valores por estratégias de ponderação e flexibilização. As medidas de exceção são atos que formalmente respeitam os ritos e procedimentos institucionalizados pela roupagem jurídica, mas cuja essência é tirânica.

Assim, pode-se identificar entre nós a atuação do *sistema de justiça como fonte da exceção na contemporaneidade*, reproduzindo-se mecanismos elitistas de dominação colonial contra uma humanidade subalterna aos interesses econômicos, esvaziando de sentido a Constituição Federal em nome da manutenção dos privilégios da classe dominante.

Enquanto o ato institucional nº 5 de 1968 restringia a atuação do sistema de justiça diante do *protagonismo do poder executivo* — “Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” —, nos

dias de hoje assistimos à expansão da atividade jurisdicional para todas as esferas de decisões relevantes para a vida em sociedade.

O exercício desse poder autoritário se dá formalmente pela declarada "relativização" das normas constitucionais, numa farsa que oculta a verdadeira natureza de *suspensão de direitos fundamentais e garantias individuais* para determinados grupos sociais.

> Então, o que temos no Brasil e na América Latina de um modo geral é a existência de um estado de exceção que governa com violência os territórios ocupados pela pobreza, amparado em um sistema de justiça que não pune os crimes cometidos contra os cidadãos. Só se fala de impunidade quando o crime é contra o Estado. E temos também o uso do Judiciário como instrumento de legitimação de processos de impeachment e de perseguição de adversários políticos. (Serrano, 2016c).

O propósito anunciado permanece o mesmo: *combater um inimigo*. Mas, se antes o discurso da exceção era construído especialmente com referências ideológicas (comunistas) ou étnico-religiosas (negros, judeus), atualmente a criação de personagens como *corruptos, bandidos, traficantes, ladrões e terroristas* são rótulos empregados na farsa judicial que visa combater uma humanidade subalterna à infraestrutura neoliberal.

Desse modo, o sistema de justiça forja interpretações do direito contrárias à Constituição Federal e ao ordenamento posto, com o propósito fraudulento de emprestar legitimidade democrática formal — através do procedimento institucionalizado das práticas judiciais — a atos materialmente autoritários que afrontam a soberania popular.

Tais medidas de exceção não instituem formalmente uma nova Constituição, mas estruturam um processo de esvaziamento de sentido dos direitos fundamentais e garantias individuais. O texto passa a ser manipulado de acordo com as preferências subjetivas do intérprete — contaminado pelos mecanismos ideológicos de dominação —, dando forma a um sistema de justiça demagogo.

Nesse sentido, Pedro Estevam Serrano (2016f) destaca duas espécies de medidas de exceção nos países de capitalismo periférico, mediante a utilização do sistema de justiça como instrumento (i) de legitimação de processos de impeachment

contra adversários políticos e (ii) de manipulação dos processos criminais, cuja finalidade deixa de ser a aplicação do direito penal e a apuração de condutas para se orientar pelo propósito de eliminação de um inimigo.

Aos propósitos da presente tese, interessa-nos aprofundar o estudo do processo penal como medida de exceção. A estrutura que desempenha essa função é um aparelho estatal destinado à produção de justiça que passa fraudulentamente a buscar a eliminação de um inimigo apontado como *bandido*. Rótulos como ladrão e traficante amoldam-se perfeitamente à repressão da juventude pobre, enquanto a bandeira do combate à corrupção é fantasia eficaz para ocultar a perseguição política seletiva.

> A primeira razão apontada para que a jurisdição seja reconhecida como fonte da exceção reside num aspecto da realidade prática constatada em países como o Brasil e de modo geral na América latina: a presença inconteste de um Estado de exceção permanente que convive diuturnamente com um Estado democrático de direito. As medidas de exceção atingem grande parte da população como um verdadeiro "*modus operandi*" político (com a legitimidade que lhe confere o judiciário). O Estado formal democrático se realiza genericamente apenas na Constituição, sendo acessível, concretamente, apenas a uma pequena parcela da população, a que vive nos centros das grandes cidades e economicamente incluída, onde se reconhece o cidadão de que trata a lei formal (Serrano, 2015, p. 40-1).

Essa é a lógica do Estado de exceção contemporâneo: combater o inimigo com aparência de legalidade institucional democrática. Assim, o sistema de justiça criminal brasileiro tem desempenhado a função de agente da exceção, com o intuito de atribuir legitimidade à prática de medidas essencialmente autoritárias com verniz de legalidade.

No Brasil, ao contrário do Direito Penal do Inimigo à moda de Günther Jakobs, não temos dois ordenamentos jurídico-penais legislados e regulamentados abstratamente de forma distinta para cidadãos e inimigos — tal qual o combate ao inimigo terrorista estadunidense e seu *Patriot Act* (2001) —, mas um conjunto de normas constitucionais e legais que se declaram impessoais e universais.

Portanto, se em nosso país vige oficialmente o mesmo direito penal a todos, a perseguição do inimigo pelo sistema de justiça criminal se dá por meio de um processo penal manipulado como medida de exceção. Enquanto o discurso oficial assegura abstratamente que os direitos e garantias são universais, as práticas reais de aplicação do direito revelam concretamente a seletividade no combate aos seres inúteis ou indesejáveis à racionalidade neoliberal.

O processo penal de exceção é a forma jurídica de uma guerra deflagrada pelos interesses elitistas do poder econômico com o propósito de neutralizar os inimigos, assim identificados como aqueles que não interessam ao mercado e/ou ameaçam os privilégios das classes superiores.

A principal arma utilizada nessa guerra é o exercício de um poder penal que impõe a morte pela execução ou a prisão como arma — ilegal, ilimitada e seletivamente — destinada à submissão de corpos inúteis e condutas inconvenientes aos propósitos da racionalidade neoliberal.

Assim é que o despotismo do sistema de justiça criminal revela-se em medidas de exceção destinadas à exclusão da humanidade indesejável aos propósitos do mercado, que se expande pela hipercriminalização da vida em sociedade e se oculta pela fraude com que são praticadas as medidas de exceção de conteúdo autoritário envoltas na forma institucional democrática.

Naturaliza-se a seletividade arbitrária dos atores que protagonizam a persecução criminal num espetáculo midiático populista de simplificação da realidade em busca de audiência, que comercializa o punitivismo estatal como mercadoria e anuncia a opinião publicada como se opinião pública fosse.

As medidas investigativas, acusatórias e judiciais — que deveriam fundamentar-se nas normas constitucionais instituídas pelo poder soberano do povo — passam a buscar legitimidade nas vísceras comunitárias que, manipuladas pelo espetáculo patrocinado pelas classes privilegiadas, reduzem os direitos e garantias fundamentais a meros obstáculos transponíveis à eficiência punitiva de um Estado a serviço do mercado.

Sem qualquer eficácia concreta, o direito é relegado à mera forma normativa abstrata na medida em que o arcabouço jurídico deixa de ser o paradigma da aplicação do direito, que passa a ser substituído por expectativas morais. Desse modo, os interesses das classes superiores camuflam-se na opinião pública(da) como forma de mediação fraudulenta com o discurso democrático: as práticas reais do processo penal de exceção esvaziam de sentido a Constituição a pretexto de reinterpretá-la conforme a vontade popular.

O autoritarismo líquido se oculta em um jogo de aparências encenado pela mediação do conteúdo tirânico com as formas democráticas. Mantém-se o *discurso garantista* que envolve as *práticas reais autoritárias* como verniz de legitimidade a um sistema de justiça criminal submisso à racionalidade neoliberal do mercado. O processo penal de exceção é a forma jurídica pela qual esse truque ilusório é encenado no espetáculo midiático.

A guerra instrumentalizada pelo poder penal é uma farsa que esvazia de sentido a Constituição Federal e oculta os reais — e inconfessáveis — interesses patrocinados pelo sistema de justiça criminal. O desafio a ser vencido nas linhas seguintes é descortinar como a *aparência* do garantismo penal tem sido manipulada para ocultar a *essência* autoritária no exercício do poder penal, como forma de dominação e eliminação dos indesejáveis aos olhos do mercado na sociedade brasileira contemporânea.

2. GARANTISMO PENAL

2.1. Epistemologia garantista: convencionalismo penal e cognitivismo processual

> *"[...] os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade".*
> — Luigi Ferrajoli[58] —

O termo *garantismo* é a forma pela qual Luigi Ferrajoli (2002) expressa a construção de um modelo ideal de Estado de Direito. Em sua obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal [Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, 1989],* o autor apresenta a tese sobre a construção de um sistema de garantias contra o exercício arbitrário do poder estatal.

Não obstante a origem do termo garantismo associado à teoria política possa remontar ao século XVIII (Ippolito, 2007), é com a obra de Luigi Ferrajoli que se incorpora ao âmbito da ciência jurídica o modelo garantista associado à conformação e limitação constitucional de um Estado.

O título da obra em questão, por si só, revela o propósito central do trabalho: a construção de um modelo de garantias que assegure racionalidade e confiabilidade ao sistema jurídico. Embora dedique-se especialmente aos modelos de

[58] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 684.

direito penal, a partir da compreensão epistemológica do sistema criminal o autor apresenta uma *teoria geral do garantismo*, fixando os alicerces do Estado de Direito para tutela das liberdades individuais em face de toda forma de exercício arbitrário do poder.

No prefácio da primeira edição, Norberto Bobbio destaca que a obra se desenvolve em grandes dicotomias a partir da antítese liberdade/poder, retratando a pretensão de se elaborar um sistema geral do garantismo mediante "a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal" (2002, p. 7).

Inicialmente, convém ressaltar que o garantismo é um *modelo ideal*. Segundo o próprio autor, trata-se de um modelo "amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável" (Ferrajoli, 2002, p. 33). Portanto, como todo arquétipo teórico ideal, apresenta-se como meta assumidamente inalcançável, cujo valor primordial é servir de recurso interpretativo em relação ao qual se pode estar concretamente mais próximo ou mais distante. Em síntese, o garantismo é um critério de valoração e correção do sistema de justiça.

O conjunto de garantias penais e processuais sistematizado pelo modelo garantista apresenta-se como um *esquema epistemológico de identificação do desvio penal* que visa assegurar grau máximo de racionalidade[59] ao exercício do poder punitivo.

A proposta do autor é estabelecer um sistema unitário, coerente e racional, em que

> os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (Ferrajoli, 2002, p. 30).

[59] Justificado explicitamente já no título da obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (2002).

Desse modo, os dois elementos constitutivos da epistemologia garantista, enquanto modelo teórico ideal, correspondem ao conjunto de garantias penais e processuais penais: (i) de um lado, o *convencionalismo penal* estabelece como premissa inicial a definição legislativa do delito e (ii) de outra parte, o cognitivismo processual exige a comprovação jurisdicional do desvio punível.

O primeiro elemento da epistemologia garantista é o *convencionalismo penal*, consequência lógica do princípio da legalidade estrita, sintetizado na máxima segundo a qual o *crime é o que a lei estabelece como tal*. Desdobra-se em duas premissas referentes à fonte do delito (*nulla poena et nullum crimen sine lege*) e ao conteúdo da tipificação (*nulla poena sine crimine et sine culpa*).

Com relação a essas duas premissas, a primeira diz respeito ao caráter formal do desvio, que deve ser tipificado formalmente em lei e jamais confundido com ações ontologicamente desviantes, tais como comportamentos classificados como imorais, anormais, antinaturais ou socialmente lesivos. Já a segunda premissa estabelece o caráter empírico ou fático da hipótese tipificada em lei, exigindo que a criminalização se dirija sempre a condutas objetivas e exteriorizadas pelo autor, jamais em aspectos relativos ao status da pessoa.

> O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráficos ilícitos", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes (Ferrajoli, 2002, p. 31).

O segundo elemento da epistemologia garantista é o *cognitivismo processual*, consequência lógica do princípio da estrita jurisdicionalidade que estabelece o dever do *juiz analisar concreta e motivadamente a veracidade ou a falsidade da hipótese acusatória* no curso de um procedimento que torne possível o conhecimento dos fatos mediante a produção de provas por meios legítimos.

Nesse passo, o cognitivismo processual pode ser sintetizado na máxima *veritas, non auctoritas facit judicium* e exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e sua comprovação empírica em um procedimento probatório do tipo indutivo.

É a partir da estrita jurisdicionalidade que se constrói um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação. Busca-se excluir, tanto quanto possível, juízos subjetivos e valorações pessoais, no curso de um procedimento indutivo acerca de afirmações ou negações, de fato ou de direito, a partir das quais se extraia a verdade ou a falsidade processual.

> Esta concepção cognitiva da jurisdição, junto à convencionalista e empírica da legislação da qual é complementar, se dirige a assegurar outros dois resultados ético-políticos da cultura penal da ilustração. Primeiramente, o valor da certeza na determinação do desvio punível, confiada não a valorações extemporâneas e contingentes *post factum*, mas exclusivamente à taxativa formulação legal e judicial de pressupostos típicos gerais e abstratos. [...] Em segundo lugar, a separação entre direito e moral e, por outro lado, entre direito e natureza. Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu (Ferrajoli, 2002, p. 33).

Não se pode olvidar o alerta do próprio autor no sentido de que o garantismo é um modelo utópico e irrealizável em sua plenitude, razão pela qual destaca a existência de espaços inevitáveis de poder na atividade judicial ante a constatação de que “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela” (Ferrajoli, 2002, p. 33). Tal possibilidade de valoração e os juízos de discricionariedade seriam aporias teóricas do garantismo reconhecidas pelo próprio Luigi Ferrajoli.

Nesse contexto, as garantias penais e processuais representam um conjunto de técnicas cognitivas de definição e de comprovação do desvio penal orientadas a reduzir tanto quanto possível o arbítrio inerente ao poder judicial. Mesmo assumindo a premissa de que o garantismo é uma utopia liberal,

contemporaneamente o modelo garantista deve ser utilizado como paradigma de validade e legitimidade das instituições do sistema penal, ante a contemplação de seus postulados nas Constituições modernas.

2.2. Pressupostos ético-políticos e negação do abolicionismo penal

> *"A função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade".*
> — Luigi Ferrajoli[60] —

Sobre a legitimação do direito penal, Luigi Ferrajoli pretende responder a quatro questões sobre a racionalidade no exercício do poder punitivo: se punir (legitimidade da pena), por que punir (justificativa da pena), quando punir (retribuição penal) e como punir (espécies de pena).

A primeira distinção relevante para os propósitos desta tese é entre garantismo e abolicionismo. Como pressuposto ético-político da teoria garantista, Luigi Ferrajoli apresenta uma teoria justificacionista da pena e, embora reconheça o mérito do estímulo à reflexão das teorias abolicionistas, refuta veementemente as propostas do abolicionismo penal por entender que a inspiração anárquica poderia levar a um de dois extremos: uma sociedade selvagem onde imperaria a vingança privada ou uma sociedade disciplinar pela difusão da vigilância e do controle.

> O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal

[60] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 745-6.

> – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista (Ferrajoli, 2002, p. 271).

Portanto, à primeira questão (*se punir*) a resposta de Luigi Ferrajoli é afirmativa, afastando-se de perspectivas abolicionistas para adotar um entendimento justificacionista da sanção criminal. Todavia, o autor refuta as teorias justificacionistas tradicionais — retribucionistas e utilitaristas — acerca da função da pena. Afinal, por que punir?

Sem atender ao afã de uma análise mais detida sobre o pensamento garantista, aos propósitos do presente trabalho cabe apenas registrar que Luigi Ferrajoli rejeita as concepções retribucionistas, utilitaristas e justificacionistas usualmente apresentadas pela doutrina.

As teorias retribucionistas — que tradicionalmente define a pena como a imposição de um mal justo em razão da prática de um mal injusto — são refutadas pelo autor em razão de prestarem-se à justificação de modelos de direito penal máximo, do caráter vingativo autoritário próprio do formalismo ético e da confusão entre direito e moral. Assim,

> se o único objetivo da pena fosse a troca do mal com o mal, ou uma espécie de "talião" ou de "vingança espiritualizada", isto certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento não dominado por crenças supersticiosas (Ferrajoli, 2002, p. 208)

As teorias utilitaristas — assim consideradas aquelas que concebem a pena como meio e não como fim em si mesma — também são objeto de crítica de Luigi Ferrajoli. A prevenção especial (eliminação ou reeducação) é refutada por adotar uma fundamentação moral autoritária e “violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é” (Ferrajoli, 2002, p. 220).

Por sua vez, a prevenção geral (intimidação ou integração) é refutada — seja na perspectiva negativa de desestimular comportamentos desviantes, seja na perspectiva positiva de reestabelecer a confiança social abalada pelas transgressões

normativas — porque o sofrimento de um indivíduo não pode ser utilizado como meio para assegurar a felicidade da coletividade.

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli propõe a sua concepção justificacionista da teoria da pena na forma de um *utilitarismo penal reformado*, com o objetivo de oferecer um modelo capaz de assegurar o "máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes" (Ferrajoli, 2002, p. 271), no contexto de um sistema capaz de assegurar a máxima tutela dos direitos de uns e outros, visando à limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade.

O autor concebe o modelo de direito penal mínimo como a tutela dos direitos fundamentais da parte mais vulnerável, ao aproximar tanto o crime quanto a vingança que o sucede como atos de exercício das próprias razões. Assim, a lei penal se destinaria a minimizar uma dupla violência: em um primeiro momento, prevenir — através da *proibição* — o exercício das próprias razões expresso pelo delito; em um segundo momento, prevenir — através da *punição* — o exercício das próprias razões que da vingança e de outras potenciais reações informais.

Em síntese, o duplo objetivo do direito penal seria a prevenção (i) dos delitos propriamente ditos e (ii) das reações sociais instintivas à prática de tais delitos, razão pela qual a legítima missão do direito penal segundo a perspectiva garantista consiste na

> prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias (Ferrajoli, 2002, p. 274).

Portanto, o *utilitarismo penal reformado estabelece duas finalidades preventivas*, ambas negativas, contempladas pelas sanções de natureza criminal: "quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas" (Ferrajoli, 2002, p. 269).

De um lado, a primeira finalidade é a *prevenção geral dos delitos*. Segundo o autor, a proibição de determinadas condutas mediante a cominação de sanções criminais seria um meio legítimo, embora reconhecidamente insuficiente, de prevenir a prática de condutas delitivas. Tutela-se o interesse identificado como o máximo bem-estar possível para uma maioria não desviante, interessada na prevenção de determinadas condutas através da criminalização de ações socialmente indesejáveis.

De outra parte, a segunda finalidade é a *prevenção de reações arbitrárias e desmedidas aos imputados.* Também segundo o autor, a punição mediante a efetiva aplicação de sanções criminais por parte do Estado seria um meio legítimo de prevenir reações desproporcionais na forma de vingança pública ou particular. Tutelam-se interesses identificados como mínimo mal-estar necessário dos desviantes ou tutela dos inocentes, evitando reações vingativas desmedidas.

Para Luigi Ferrajoli, mais importante do que a prevenção do cometimento de crimes — reconhecidamente inalcançável — é a tutela que se destina não apenas em relação à pessoa do ofendido, mas especialmente à figura do delinquente contra reações informais, públicas ou privadas.

> É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições (Ferrajoli, 2002, p. 268).

Nesse passo, a crítica às teorias abolicionistas dirige-se justamente à incapacidade de evitarem a vingança social diante da prática de um ato desviante, o que resultaria na degradação do direito penal em sistemas autoritários selvagens ou vigilantes de controle social — o autor distingue quatro modelos: sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar[61] —, potencialmente

[61] De um modo talvez profético, Luigi Ferrajoli expõe sua preocupação com um Estado disciplinar: "O último destes sistemas é o mais alarmante, em razão da sua capacidade de conviver, insidiosamente, inclusive com as democracias modernas. E bem possível eliminar ou reduzir ao máximo os delitos por meio de uma limitação preventiva da liberdade de todos, fazendo uso de carros-tanques nas ruas e com policiais às costas dos cidadãos, mas também – mais modernamente e discretamente –, com o uso de câmeras nos lugares de trabalho e de divertimento, mediante interceptações telefônicas e de todo o aparato de técnicas informáticas e telemáticas de controle à distância que tornam possível um panopticon social muito mais minucioso e penetrante do que aquele carcerário concebido por Bentham

iminentes caso o direito penal fosse desativado conforme pretendido pelas teorias abolicionistas.

O abolicionismo penal, na visão garantista de Luigi Ferrajoli (2002, p. 275), consiste em uma utopia regressiva que projeta, "sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição", em relação aos quais seria exatamente o sistema penal garantista que se apresenta como alternativa progressista.

Em linhas gerais, a justificativa oferecida pelo *utilitarismo penal reformado* de Luigi Ferrajoli pode ser resumida como a proteção do mais fraco contra o mais forte: inicialmente, trata-se da proteção do mais fraco (vítima) contra o mais forte (autor do crime); e, num segundo momento, consiste na proteção do mais fraco (investigado ou réu) contra o mais forte (sociedade organizada para uma potencial vingança).

> É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários. (Ferrajoli, 2002, p. 270)

Uma vez respondidas as duas questões inicialmente propostas (*se* e *por que* punir), as perguntas que se seguem ao modelo garantista de Luigi Ferrajoli são sobre *quando* e *como* punir.

O problema do *quando* punir é apresentado pelo autor como "aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal" (Ferrajoli, 2002, p. 297). Nesse sentido, a pena possui caráter retributivo (princípio da retributividade): é a sanção correspondente à prática de um delito, que representa a sua causa ou condição necessária e em relação ao qual se caracteriza como efeito ou consequência jurídica. Assim, a pena não pode assumir a forma de medidas preventivas, por se tratar essencialmente de uma sanção retributiva.

---

e idôneo não apenas a desenvolver funções de prevenção dos delitos, mas também de governo político da sociedade" (2002, p. 273).

> A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc. (Ferrajoli, 2002, p. 297).

Por consequência lógica, a retributividade da pena pressupõe a definição legal de crime (princípio da estrita legalidade), afastando-se de qualquer concepção ontológica, moralista, natural ou religiosa para caracterização do delito e consequente cominação de uma sanção penal.

Finalmente, o modelo garantista encerra a questão da legitimidade do direito penal ao responder à questão sobre *como* punir, permanecendo fiel às premissas estabelecidas anteriormente.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 310), a história das penas é “mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos” porque, enquanto o crime costuma ser uma violência ocasional, “a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um”.

Nesse ponto, é importante destacar que — embora rejeite qualquer perspectiva abolicionista pela crença de que resultaria em sistemas autoritários selvagens ou vigilantes de controle social — o autor propõe uma reforma completa no sistema de penas privativas de liberdade e medidas restritivas de direito vigentes na Itália, que se assemelha em grande medida ao sistema punitivo brasileiro. A reforma idealizada pelo modelo garantista visa à completa abolição da pena carcerária (a longo prazo) e das penas pecuniárias, bem como à imediata redução proporcional das penas privativas de liberdade e reforma das penas restritivas de direito.

Fiel à refutação de qualquer finalidade relacionada à prevenção especial positiva, Luigi Ferrajoli não reconhece legitimidade à progressão de regime ou qualquer benefício condicionado ao comportamento carcerário e demais medidas de caráter correcionalista.

Não obstante, propõe a imediata supressão da prisão perpétua e a redução proporcional de todas as demais penas privativas de liberdade para o prazo máximo

de dez anos. Em todo caso, a pena estabelecida pelo juiz no momento da condenação deveria permanecer certa e não alterável por circunstâncias posteriores à sua fixação, sem prejuízo da previsão já na sentença de que o regime fechado tenha duração máxima determinada para que em seguida sejam aplicadas medidas alternativas.

> Se pensarmos que a reclusão é, por si só, uma aflição desumana e excessiva e que na maior parte dos casos não é necessário cumpri-la, sendo suficiente, suponhamos, a prisão domiciliar, a obrigatoriedade de residir em determinado local ou a semiliberdade, é justo que também isto se traduza na transformação das penas legais: mediante a previsão legal da reclusão só para poucos, gravíssimos delitos e por um tempo máximo determinado, por exemplo, os três primeiros anos; e a previsão, após estes três primeiros anos, e desde o início para os demais delitos, de penas legais correspondentes às atuais medidas alternativas, como a semiliberdade, a limitação de fim de semana, as prisões domiciliares e outras semelhantes. (Ferrajoli, 2002, p. 336)

A proposta de reforma das medidas restritivas de direito contempla a cominação de penas como a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade e a liberdade vigiada elevadas à categoria de penas principais e, como tais, aplicadas diretamente pelo juiz no momento da condenação.

Sobre as penas pecuniárias, Luigi Ferrajoli (2002, p. 334) defende a imediata abolição por se tratar de

> pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena *impessoal,* que qualquer um pode saldar, de forma que resulta dupla- mente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, ã pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica assim submetido a uma pena por um fato alheio. Ademais, a pena pecuniária é uma pena *desigual*, ao ser sua formal igualdade bem mais abstrata do que a pena privativa de liberdade. Recai, de maneira diversamente aflitiva segundo o patrimônio e, por conseguinte, é fonte de intoleráveis discriminações no plano substancial.

Por fim, defende que a pena carcerária atualmente revela-se inidônea, desnecessária e impertinente à satisfação das razões que justificam a existência da sanção criminal. Isso, porque é incapaz de atuar na prevenção de delitos — pelo contrário, o caráter criminógeno das prisões “como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada — da mesma forma como não satisfaz à

prevenção das vinganças privadas, satisfeitas tanto mais “pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão” (Ferrajoli, 2002, p.330).

Assim, defende “a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal” (Ferrajoli, 2002, p. 331), dado que a prisão é uma instituição que atenta contra a dignidade humana, revelando-se uma medida cruel e inútil. Para Luigi Ferrajoli, fica claro que o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena.

Enquanto abolir todas as formas de sanção criminal revelaria um projeto utópico capaz de dar forma a um direito penal máximo selvagem ou disciplinar, a abolição do cárcere corresponderia a um projeto de direito penal mínimo, exequível em longo prazo, considerando-se especialmente a crescente insatisfação da cultura jurídica com a prisão e a redução do número de presos em diversos países.

Desse modo, conclui-se que os pressupostos ético-políticos do garantismo revelados na forma de um *utilitarismo penal reformado* refutam a proposta abolicionista, na medida em que assumem a necessidade e a legitimidade das sanções criminais — que devem ser mínimas e proporcionais, reconhecendo-se a inidoneidade e a desnecessidade da pena de prisão —, ao propor que a dupla função da pena seja prevenir o cometimento de crimes e prevenir a vingança desproporcional contra o suspeito, investigado ou acusado pela prática de um delito.

2.3. Tutela da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

> *“O conceito de pessoa humana talvez tenha sido o mais revolucionário da história do homem na Terra, traduzindo-se como imensa contribuição da cristandade para nossa sociabilidade. Ao divorciar o homem de sua apropriação como coisa para tratá-lo como filho de Deus, membro*

> *de uma imensa família humana, aliou-se a noção de homem à de igualdade e justiça. Todos essencialmente iguais, porque nascidos do mesmo Pai."*
> — Pedro Estevam Serrano[62]—

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo primeiro que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a *dignidade da pessoa humana*. Todos os demais dispositivos consagrados no texto constitucional como estrutura do Estado Democrático de Direito orientam-se pelo paradigma da dignidade humana.

Fruto de desenvolvimento nos campos filosóficos, religiosos e culturais, o conceito de dignidade humana evoluiu ao longo da história das civilizações enquanto baliza de tratamento social, seja nas relações entre o Estado e os cidadãos ou entre os próprios particulares.

No que tange especificamente ao modo do Estado se relacionar com os cidadãos, Marco Antonio Marques da Silva identifica que a concretização dos limites à interferência estatal na vida dos particulares, capaz de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, vincula diretamente a função jurisdicional ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana:

> A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos. Desta forma, a concretização e a eficácia jurídica de um direito ocorrem com a manifestação dos órgãos do poder judiciário que lhe dão eficácia. (Silva, 2001, p. 5).

Pode-se identificar a matriz filosófica da dignidade humana com a máxima kantiana segundo o qual o homem "existe como um fim em si mesmo, e não apenas

---

[62] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Jurisdição e exceção*. Tese de pós-doutorado – Universidade de Lisboa, 2015, p. 131.

como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*”* (Kant, 2002, p. 58). Ao tomarmos a dignidade na forma de *existência como fim em si mesma*, excluímos a utilização de vidas humanas como instrumentos para qualquer fim.

Nesse sentido, a dignidade humana materializa-se como valor primordial de todo o sistema jurídico, fundamento do Estado Democrático de Direito estruturado na Constituição brasileira, cujos efeitos se irradiam por todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, devendo nortear a aplicação e interpretação do direito.

Tratando da dignidade da pessoa humana, Jorge Miranda sintetiza suas principais características como fenômeno universal, concreto, social, assegurado desde o nascimento, irrenunciável e irrevogável:

> a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas; e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; f) A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicologia) de autodeterminação; g) A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais; h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas da vida material; i) O primado da pessoa é do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; j) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; l) A dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular; m) A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa Miranda, 2009).

No mesmo sentido, Marco Antonio Marques da Silva destaca o fato da dignidade humana alcançar todos os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão (individuais, sociais e econômicos):

> [...] a dignidade humana está ligada a três premissas essenciais: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua pessoalidade e os direitos a ele inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada a inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e

> seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência dos indivíduos (Silva, 2009, p. 224).

Portanto, caberia ao sistema jurídico primordialmente a tutela da pessoa humana. O direito estabelece o caminho da personalização do homem, independentemente de estar ou não em relação com outros sujeitos. É o que afirma Eduardo Vera-Cruz Pinto, ao refletir sobre a condição do humano:

> Ao contrário de algumas correntes sociológicas modernas que se propõem resistir ao actual estado do mundo que rebaixa o Homem e a condição humana através de uma subjetivação/individualização, o Direito propõe um outro caminho que é o da personalização. O Homem além de sujeito de relações jurídicas ou sociais é uma pessoa com uma dignidade própria independentemente de estar ou não em relação, isto é, de ser ou não sujeito. O Homem é pessoa porque existe e existindo é. O Direito cuida primeiro e antes de tudo da pessoa humana, não do indivíduo ou do cidadão e muito menos do consumidor como sujeito integrado nisto ou naquilo. A cultura da subjectividade que se procura hoje em termos da compreensão social é para os juristas uma cultura da personalidade do Homem para um reencontro com o Direito e, assim, com a possibilidade de justiça. Primeiro a pessoa, depois a comunidade. Esta é a máxima jurídica que ergue a sociedade do Direito. A vontade de Justiça de cada um de nós leva à necessidade do Direito na comunidade (Vera-Cruz Pinto. 2010, p. 21).

Em síntese, pode-se concluir que a dignidade humana “existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado” (Silva, 2001, p. 1). Mas, quais as implicações do princípio da dignidade humana no sistema de justiça criminal?

O imperativo categórico kantiano é insuficiente para empreender uma limitação completa e adequada do poder penal (Tavares, 2018, p. 68). Todos os princípios que norteiam o direito penal e o direito processual penal são corolários lógicos da dignidade da pessoa humana, servindo à limitação do poder punitivo como parâmetro de racionalidade de um sistema de direito penal mínimo.

Assim é que James Goldschmidt (1935, p. 67) identificou o processo penal como um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição.

Ao fundamentar-se na dignidade da pessoa humana, qualquer interpretação fiel à Constituição brasileira de 1988 deve resultar em uma concepção democrática e garantista do processo penal.

Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, o processo penal seria o verdadeiro *direito constitucional aplicado* (Dias, 1974, p. 74). Nosso texto constitucional estrutura um processo penal repleto de garantias, tais como presunção de inocência (artigo 5º, LVII), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), devido processo legal (artigo 5º, LIV), juiz natural e competente (artigo 5º, XXXVII e LIII), igualdade (artigo 5º, I), publicidade (artigo 5º, LX), dever de motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX), inadmissibilidade de provas ilícitas (artigo 5º, LVI), inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), sigilo de comunicações e dados (artigo 5º, XII), regras para cumprimento da prisão e comunicação imediata ao juiz (artigo 5º, LXII), garantia de relaxamento da prisão ilegal e de liberdade provisória (artigo 5º, LXV e LXVI), vedação à incomunicabilidade do preso (artigo 5º, LXIII).

A conclusão apresentada por Juarez Tavares (2018, p. 70) é a de que o princípio de proteção da dignidade humana se traduz no sistema criminal como limitação ao poder de punir e parâmetro de racionalidade para criação, aplicação e execução das normas jurídicas.

2.4. A presunção de inocência como núcleo constitucional do processo penal brasileiro

> *"O processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da*

> *máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo."*
> — James Goldschmidt[63] —

Todos os princípios compõem um sistema articulado de garantias com fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a tese proposta é a de que o núcleo constitucional do processo penal brasileiro é a *presunção de inocência*. Qualquer mitigação à conformação constitucional da presunção de inocência — "art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" — revela-se uma forma inconstitucional de violência *antigarantista* e usurpação da soberania popular.

A presunção de inocência é inerente a qualquer sistema processual democrático. Já no século XVIII, Cesare Bonesana afirmava que a culpa deve ser reconhecida judicialmente. Em sua obra *Dos delitos e das penas [Dei delitti e delle pene, 1764]*:

> Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada (Bonesana, 2005, p. 63).

Já na Magna Carta, de 1215, pode-se encontrar uma referência ao conteúdo do princípio da presunção de inocência, ao estabelecer que nenhum homem livre seria capturado, aprisionado, desapropriado dos seus bens, declarado fora da lei, exilado ou de modo algum lesado, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país[64].

---

[63] GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y Políticos del Processo Penal*. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67.

[64] "Magna Carta – (39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land".

Mais claramente, é possível identificar o arquétipo da moderna concepção do princípio da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (artigo 9º).

Os tratados internacionais celebrados no período pós-segunda guerra mundial também contemplam a presunção de inocência. A Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), afirma que toda pessoa acusada de um delito presume-se inocente “até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas” (artigo 11.1).

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) determina que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (artigo art. 14).

Conforme destacado inicialmente, a Constituição Federal de 1988 fixa os contornos da presunção de inocência vinculando o reconhecimento judicial da culpa ao *trânsito em julgado de sentença penal condenatória*: “Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Partindo dessa premissa constitucional que vincula o reconhecimento da culpa ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, Marco Antonio Marques da Silva identifica três desdobramentos lógicos diretamente relacionados ao princípio da presunção de inocência (Silva, 2001, p. 30).

Em primeiro lugar, destaca-se a *presunção de inocência como norma de garantia*. O processo penal deve ser concebido como um instrumento de garantia do cidadão em face da violência punitiva estatal. Assim, toda e qualquer sanção de natureza criminal deve ser precedida de um processo judicial no curso do qual todas as garantias individuais sejam asseguradas.

Ao tratar da mitologia processual penal, Rubens Casara identifica um elemento comum a todos os regimes autoritários que se apresentam como Estados de direito: anunciar o processo penal como instrumento de segurança pública e/ou

pacificação social. A partir desse mito, os agentes envolvidos com a persecução penal se orientariam por critérios utilitaristas, condicionando as formas e meios processuais à eficiência punitiva (Casara, 2015, p. 194-5).

Nesse contexto, o mito de que o processo penal é instrumento de segurança pública e/ou pacificação social revela-se “funcional aos movimentos repressivistas (ideologia law and order, broken windows theory, política de tolerância zero, e similares) e à opção política pela 'gestão penal da pobreza'” (Casara, 2015, p. 195).

Em sentido diametralmente oposto à concepção autoritária do processo penal como instrumento de segurança pública e/ou pacificação social, a presunção de inocência implica a existência de um processo penal democrático como *sistema de garantias* estruturadas visando à contenção do poder punitivo.

Nas palavras de Rubens R. R. Casara:

> [...] pode-se definir o processo penal como o sistema de garantias, direcionado à concretização do programa constitucional para as respostas estatais aos desvios sociais etiquetados como delituosos, que abrange a necessidade de redução do arbítrio, de contenção da violência legítima (do Estado, submetida ao princípio da legalidade), da erradicação da violência ilegítima (tanto do Estado quanto do particular em violação ao princípio da legalidade), e, por fim, a elevação do valor dignidade da pessoa humana como diretriz para toda e qualquer atividade estatal (Casara, 2015, p. 218).

Portanto, a primeira dimensão do princípio constitucional da presunção de inocência pode ser sintetizada como um “conceito fundamental ao redor do qual se constrói um modelo liberal de processo penal, no qual a finalidade é estabelecer garantias para o imputado diante do poder do Estado de punir” (Silva, 2001, p. 31).

Em segundo lugar, a presunção de inocência deve ser encarada como *norma de tratamento* durante o processo penal. Qualquer determinação restritiva à esfera de liberdade ou patrimônio de alguém cuja culpabilidade não tenha sido definitivamente reconhecida em juízo, seja no curso de investigações criminais ou de processos penais, deve ser medida excepcional e concretamente justificada.

O desenvolvimento de todos os atos investigatórios ou processuais penais deve ser compatível com o tratamento de inocente atribuído ao imputado. Todas as medidas restritivas de algum direito devem ser excepcionais, não sendo admissível qualquer ato de natureza sancionatória antes da comprovação da culpa.

Para Aury Lopes Jr., trata-se de um postulado diretamente relacionado "ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo" (Lopes Jr., 2009, p. 192)

Nas palavras de Marco Antonio Marques da Silva:

> A presunção de inocência pode, ainda, ser um postulado dirigido diretamente ao tratamento do imputado no decorrer do processo penal, ou seja, que se deve partir da ideia de que ele é inocente e, como via de consequência, reduzir ao mínimo possível as chamadas medidas restritivas de direitos a ele aplicadas, durante o processo. E esse o significado que tem a presunção de inocência no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (Silva, 2001, p. 31).

Em terceiro lugar, a presunção de inocência caracteriza uma *norma de julgamento* referente à distribuição do ônus probatório. O magistrado deve iniciar a condução de todos os processos de natureza criminal e a avaliação das provas produzidas pelas partes ao longo da instrução convencido da inocência do acusado.

O ponto de partida de qualquer raciocínio judicial deve sempre ser a inocência, que só pode ser afastada mediante um conjunto de provas concretamente produzido pela acusação sobre a materialidade do crime e a autoria delitiva, segundo os meios admitidos pela Constituição Federal e o respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais do processo penal.

Sendo o processo penal uma esfera de limitação do poder punitivo estatal, Juarez Tavares (2013, p. 162) afirma que "o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção".

Desse modo, a terceira dimensão do princípio da presunção de inocência pode ser identificada como *regra destinada ao juízo criminal* segundo a qual "a prova

completa da culpabilidade do imputado pesa totalmente sobre a acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demonstrada" (Silva, 2001, p. 31).

Portanto, a presunção de inocência é o elemento central em torno do qual gravitam os demais princípios do processo penal brasileiro. Para Juarez Tavares (2018, p. 83-4), qualquer relativização ou flexibilização da conformação constitucional atribuída à presunção de inocência revela-se usurpadora do poder constituinte originário.

Um sistema de justiça criminal comprometido com a proteção da dignidade humana e cujo núcleo constitucional seja a presunção de inocência, tal como previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, deve ser inevitavelmente "um espaço de limitação do arbítrio e contenção do poder estatal" (Casara, 2017, p. 157).

2.5. O sistema garantista (SG): dez axiomas do garantismo penal

> *"O Garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. Trata-se de um sistema incompleto e nem sempre harmônico, mas sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder e criar condições para que este mesmo poder possa integrar as pessoas, eliminando dentro do possível todas as formas de discriminação".*
> — Geraldo Prado[65] —

[65] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19-20.

O sistema garantista é proposto por Luigi Ferrajoli como parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva. É preciso ter em conta que o próprio autor reconhece as numerosas aporias lógicas e teóricas (Ferrajoli, 2002, p. 30) que tornam o garantismo um *modelo ideal* e significativamente ideológico, razão pela qual é possível avaliar os *graus de garantismo* de um sistema concreto.

Vale ressaltar que a premissa teórica do garantismo é a secularização dos sistemas jurídicos e políticos, adotando-se a legalidade como paradigma, diante da "separação entre direito e moral, formulada pelo pensamento iluminista e posteriormente recepcionada pelo positivismo jurídico enquanto fundamento do princípio de legalidade no Estado de direito moderno" (Ferrajoli, 2002, p. 175).

> No conjunto, tudo se enquadra: positivismo jurídico, que não deve ser confundido com legalismo ético, como se disse, separação entre direito e moral, em todas as suas dimensões, método analítico e liberalismo político, entendido como doutrina dos limites e dos vínculos do poder do Estado, formam um conjunto coerente e contribuem, ao convergirem, para a composição do sistema penal do garantismo (Bobbio, 2002, p. 11).

São identificados pelo autor três significados para o termo *garantismo*. Em primeiro lugar, designaria um *modelo normativo de direito* destinado a minimizar a violência e maximizar a liberdade mediante a limitação da função punitiva estatal. No âmbito penal, assumiria a forma de um modelo de estrita legalidade a partir dos vínculos necessários à caracterização do Estado de Direito.

Em um segundo significado, garantismo designaria uma *teoria jurídica* sobre validade e efetividade enquanto categorias distintas entre si, aproximando-se o *ser* do *dever ser* no direito e problematizando a divergência entre modelos normativos garantistas e práticas operacionais autoritárias. Por essa razão, a perspectiva garantista pressupõe "a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações" (Ferrajoli, 2002, p. 685).

Como terceiro significado, garantismo designaria uma *filosofia política* orientada pela legitimação externa e ético-política do direito e do Estado, a partir da doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, de modo que a distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo ao direito devem estar claramente estabelecidas, sob pena de legitimar culturas políticas e jurídicas autoritárias.

> Estes três significados de "garantismo", para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes (Ferrajoli, 2002, p. 686).

O que nos interessa nesse momento é apresentar a configuração das garantias penais e processuais que Luigi Ferrajoli estruturou na forma de um sistema garantista (SG) capaz de assegurar racionalidade e confiabilidade às decisões penais a partir de um esquema epistemológico de identificação do desvio criminal.

Para o autor, os diversos princípios garantistas compõem, antes de tudo, um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo” (Ferrajoli, 2002, p. 30). Trata-se, portanto, da limitação do poder punitivo e da tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Como destacado inicialmente, embora o autor seja crítico à pena de prisão, o garantismo não se confunde com teorias abolicionistas que propõem o fim de toda e qualquer sanção imposta pelo poder punitivo estatal. O garantismo legitima uma punição mínima, considerada necessária para prevenção da violência social.

Portanto, o sistema garantista (SG) trabalha com três verbos: *punir*, *proibir* e *julgar*[66] enquanto condutas estatais necessárias, mas limitadas por uma série de garantias sistematizadas por Luigi Ferrajoli em dez princípios sobre *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova* e *defesa.* Cada um desses princípios que passaremos a analisar representa uma condição da responsabilidade penal.

Para que se reconhecer, ao menos em tese, a existência de um Estado de direito, é pressuposto elementar a existência de um ordenamento segundo o qual o poder público e, especificamente, o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano abstrato e submetidos incondicionalmente a um processo no plano concreto.

O Estado de direito, por sua própria natureza, comporta apenas um modelo de *direito penal mínimo*, em que os comportamentos censurados estejam substancialmente contidos e disciplinados pela legislação penal, bem como o exercício do poder punitivo seja submetido a vínculos garantistas inafastáveis.

Sistematizando os elementos já indicados — pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa —, Luigi Ferrajoli estrutura o sistema penal garantista (SG) como modelo cognitivo ou de legalidade estrita, a partir da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais expressos pelas máximas latinas:

A1 – *Nulla poena sine crimine*
A2 – *Nullum crimen sine lege*
A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
A4 – *Nulla necessitas sine injuria*
A5 – *Nulla injuria sine actione*
A6 – *Nulla actio sine culpa*
A7 – *Nulla culpa sine judicio*
A8 – *Nullum judieium sine accusatione*
A9 – *Nulla accusatio sine probatione*

[66] Enquanto o sistema garantista (SG) de Luigi Ferrajoli trabalha com o paradigma *punir-proibir-julgar*, veremos adiante que o processo penal de exceção opera segundo o paradigma *eliminar-perseguir-julgar*.

A10 – *Nulla probatio sine defensione*

Cada um desses dez axiomas representa um princípio ou garantia penal e processual. Esquematicamente: A1 – *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; A2 – *Nullum crimen sine lege*: princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal; A4 – *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; A5 – *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; A6 – *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; A7 – *Nulla culpa sine judicio*: princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; A8 – *Nullum judieium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; A9 – *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação; A10 – *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório, da defesa, ou da falseabilidade.

Nesse contexto, podemos identificar seis garantias penais — referentes aos elementos que restringem as condutas de *punir* e *proibir*: “crime”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade” — e cinco garantias processuais — referentes aos elementos que orientam a atividade de *julgar*: “jurisdição”, “acusação”, “prova” e “defesa”.

O propósito do sistema penal garantista (SG) é construir um modelo epistemológico limitador dos abusos do poder penal e da violência social, no contexto do qual o julgamento consista na identificação imparcial da prática de um comportamento proibido por lei e a responsabilização criminal consista na aplicação segura e racional de uma pena justa.

2.5.1. Princípio da retributividade

“A1 – Nulla poena sine crimine”

O princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito responde à questão sobre *quando (ou o que) punir*. Dizer que a pena possui caráter retributivo implica reconhecer que toda sanção de natureza criminal deve corresponder à prática de uma conduta tipificada em lei como delito. Essa conduta deve ser causa e condição necessária em relação à qual a sanção criminal caracteriza-se como efeito ou consequência jurídica de sua verificação concreta.

Dessa forma, a pena criminal jamais poderia assumir a forma de medidas preventivas, por se tratar essencialmente de uma sanção retributiva. Pune-se pelo que se fez concreta e comprovadamente, de modo que a sanção seja consequência lógica de uma violação normativa pretérita e não uma avaliação pessoal ou moral sobre o imputado.

> A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc. (Ferrajoli, 2002, p. 297).

Conforme destacado inicialmente, a pena possuiria duas finalidades segundo o garantismo penal: prevenção geral dos delitos e prevenção de reações arbitrárias e desmedidas. Nesse cenário, a prevenção do cometimento de crimes seria legítima, embora reconhecidamente inalcançável, de modo que a tutela penal seria destinada especialmente à tutela do imputado contra reações informais, públicas ou privadas.

A crítica garantista às teorias abolicionistas dirige-se justamente à incapacidade de evitarem a vingança social como consequência da prática de um ato desviante, o que resultaria na degradação do direito penal em sistemas autoritários selvagens ou vigilantes de controle social caso o direito penal fosse desativado conforme a proposta central do abolicionismo penal.

Desse modo, o princípio da retributividade limita — mas legitima — o exercício do poder penal. O garantismo nega o abolicionismo penal, justamente por acreditar na sanção criminal, desde que aplicada como consequência da prática de

uma conduta delituosa, como mecanismo eficaz ao menos para poupar o delinquente da vingança social.

Ressalte-se, contudo, que Luigi Ferrajoli (2002, p 331) não defende que as penas criminais sejam necessariamente a privação de liberdade. Pelo contrário, o autor propõe uma reforma progressiva que deveria se iniciar pela imediata redução da duração do tempo de prisão admissível até que seja viável a completa abolição da pena carcerária.

Em síntese, para Luigi Ferrajoli (2002, p. 337) a sanção criminal não poderia ser abolida mesmo num sistema garantista ideal, embora fosse desejável a *abolição da pena privativa de liberdade* — assim como da pena de prestação pecuniária —, mantendo-se um regime de penas alternativas restritivas de direito como sanções legítimas de natureza criminal:

> Os tipos de penas privativas que se podem conceber como alternativa à privação de liberdade são numerosos e variados, podendo ter como objeto singulares faculdades incluídas na liberdade pessoal ou até direitos diversos menos extensos: como a semiliberdade, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar e a limitação de fim de semana, que privam parcialmente a liberdade pessoal; a residência obrigatória e a proibição de residir em determinado local, que privam a liberdade de circulação, enfim, as penas privativas de direitos, que deverão ser previstas como penas principais para determinados delitos próprios, que privam ou restringem certas formas de capacidade das quais o réu abusou em concreto. Todas estas penas deveriam estar previstas em lei, segundo uma escala que permitisse a sua graduação proporcional e sua ponderação equitativa, de acordo com a gravidade dos delitos. E em relação a elas, a privação de liberdade resultaria a sanção mais severa, reservada para os casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva.

A lógica empregada pelo *utilitarismo penal reformado* fundamenta-se na proteção do mais fraco contra o mais forte: num primeiro momento, a tutela da vítima contra o autor do crime; e, na sequência, a tutela do investigado ou réu contra a sociedade organizada para uma potencial vingança.

Nesse sentido, o caráter retributivo da sanção penal define a sua natureza de reação proporcional e racional executada pelo Estado como consequência da

prática de um comportamento desviante, razão pela qual “a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*” (Ferrajoli, 2002, p. 297)

Portanto, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli legitima a existência de um direito penal racional — e se assim é, refuta as propostas abolicionistas —, respondendo ao problema do *quando (ou do que) punir* com a máxima *nulla poena sine crimine*, que representa o axioma A1 do sistema garantista (SG).

2.5.2. Princípio da legalidade

“A2 – Nullum crimen sine lege”

O princípio da legalidade responde à questão sobre *como punir*. Qualquer sistema penal minimamente racional deve estabelecer de *forma prévia e clara* quais são as condutas proibidas e as respectivas sanções. A responsabilidade penal pressupõe a existência de lei anterior à prática da conduta, que formule precisamente os elementos objetivos e subjetivos da ação ou omissão proibida.

Enquanto manifestação embrionária da tentativa de limitar o poder absolutista, costuma-se apontar a Carta Magna inglesa (*Magna Carta Libertathum*, 1215) como origem remota da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Em seu artigo 39, afirma que nenhum homem livre seria preso ou despojado de seus direitos e posses, nem banido, exilado ou privado de sua posição de qualquer outra maneira senão pelo julgamento *legal* de seus iguais ou pela lei da terra.[67]

Todavia, o princípio da legalidade penal tornou-se elemento estruturante do poder soberano apenas com o movimento iluminista. Na obra Dos delitos e das

[67] “Clause 39 - No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”.

penas (*Dei delitti e dele pene,* 1764), Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, propõe como reinvindicação principal justamente a consagração do princípio da legalidade penal, ao limitar a possibilidade de decretação dos crimes e das penas à autoridade do legislador.

> A primeira consequência desses princípios é que somente as leis podem fixar as penas para os delitos; e essa autoridade só pode ser do legislador, que representa a sociedade unida por meio de um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte dela) pode, com justiça, decretar à sua vontade penas contra outro indivíduo da mesma sociedade E como uma pena estendida além do limite assinalado pelas leis contém em si a pena justa mais outra pena adicional, resulta que nenhum magistrado, sob o pretexto de zelo ou de bem público, pode aumentar a pena estabelecida contra um cidadão delinquente (Bonesana, 2005, p. 40).

O princípio foi contemplado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que em seu artigo 8º estabelece que “a lei deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948) estabelece no artigo 11.2 que “ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional”. O mesmo dispositivo prossegue afirmando que “também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

No mesmo sentido, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) dispõe em seu artigo 9º que “ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável”. O mesmo dispositivo assegura a irretroatividade da lei penal, definindo que “tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”.

Alinhado a essa normatividade internacional, a Constituição Federal brasileira (1988) contempla o princípio da legalidade no artigo 5º, inciso XXXIX,

determinando-se que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Idêntico mandamento encontra-se no Código Penal Brasileiro (1948), logo no artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Nesse contexto, Marco Antonio Marques da Silva identifica quatro garantias inerentes como desdobramentos lógicos do princípio da legalidade penal, exigindo-se segundo essa concepção garantista que a lei seja prévia, escrita, estrita e certa:

> A atual concepção do princípio da legalidade, no denominado quadro da função de garantia da lei penal, tem determinado o seu desdobramento em quatro garantias básicas. Assim o princípio da legalidade exige, para sua completa observância: a existência de *lex praevia*, que significa proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; da *lex scripta*, que determina a proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário; da *lex stricta*, que é a proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*); e da *lex certa,* que é a proibição de leis penais indeterminadas (Silva, 2001, p. 8).

Tratando-se do princípio da legalidade enquanto *garantia*, Luigi Ferrajoli sustenta que a vinculação do exercício do poder punitivo à lei penal asseguraria igualdade jurídica de todos perante a lei e garantiria uma esfera intangível de liberdade ao cidadão, “assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido” (Ferrajoli, 2002, p. 31).

Para Cláudio José Langroiva Pereira (2002, p. 8), o processo penal teria a “pretensão de ser o meio instrumental de garantia da legalidade mais adequado na obtenção de um resultado final, resguardados os direitos do acusado, na aplicação do Direito Penal pelos tribunais”.

Nesses termos, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli limita o exercício do direito penal à existência de legislação prévia que comine uma sanção à prática de uma conduta claramente identificada, respondendo à questão cobre *como punir* segundo a máxima *nullum crimen sine lege*, que representa o axioma A2 do sistema garantista (SG).

2.5.3. Princípio da necessidade

"A3 – Nulla lex (poenalis) sine necessitate"

A questão sobre *quando (e o que) proibir* é analisada a partir de quatro vertentes: os princípios da necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade. Cada um desses princípios especifica uma caraterística do caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, que segundo o garantismo só estaria legitimado na forma de último recurso, quando da impossibilidade de solução dos conflitos sociais por outros meios.

O princípio da necessidade ou da economia do direito penal é o primeiro passo para além da mera legalidade. Segundo a visão garantista, não bastaria a exigência formal de legislação prévia, clara, escrita, estrita como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*). Além do caráter meramente formal, seria indispensável uma análise do conteúdo da lei. Não se trata de uma avaliação segundo critérios morais ou subjetivistas, mas como limite material que vincula a atividade do legislador orientado segundo o propósito de minimizar a violência social.

Para que se possa compreender a lógica proposta por Luigi Ferrajoli ao tratar do princípio da necessidade, é preciso retomar o paradigma da dupla função preventiva na construção de um direito penal racional proposto pelo garantismo, com o objetivo de *promover o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes*.

> Significa, antes, que o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. Os dois objetivos e os dois interesses são conflitantes entre si, e são trazidos pelas duas partes do contraditório no processo penal,

> ou seja, a acusação, interessada na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e a defesa, interessada na defesa individual e, via de conseqüência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias (Ferrajoli, 2002, p. 269).

Nesse sentido, o direito penal garantista teria *duplo objetivo*. De um lado, a missão — tradicionalmente apontada pelas doutrinas utilitaristas, mas reconhecidamente impossível — de *prevenir a prática de delitos* mediante a cominação de penas. De outra parte, Luigi Ferrajoli aponta que o direito penal deve *prevenir as reações sociais punitivas informais*, selvagens, espontâneas e arbitrárias à prática de um crime, que na ausência da sanção criminal por parte do Estado poderiam ser praticadas pelo ofendido ou por forças sociais solidárias à vítima.

O autor reconhece que esse objetivo tem sido "negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas" (Ferrajoli, 2002, p. 268), mas destaca a prevenção de reações e punições injustas como missão tão importante quanto a prevenção dos delitos injustos:

> Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur,* mas também *ne punietur.* Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas (Ferrajoli, 2002, p 268).

Se levado em consideração apenas o objetivo de *prevenir a prática de crimes*, os argumentos utilitaristas da defesa social e da função preventiva especificamente em relação à prática dos delitos serviriam apenas para sugerir o *limite mínimo* das penas. Se o que está em discussão é apenas evitar a prática de determinadas condutas, a questão fundamental que orientaria a política criminal passaria por definir a *pena mínima necessária* para dissuadir os cidadãos a praticar crimes.

Evidentemente, uma teoria que se proponha a construir um direito penal mínimo não poderia se contentar com essa visão de mundo. Portanto, o garantismo estrutura um segundo pilar a respeito da função preventiva do direito: *prevenir reações injustas à prática de um crime*. Assim é que toda e qualquer pena que transcenda o

necessário para evitar reações informais mais violentas ao imputado deveriam ser consideradas abusivas.

Desse modo, é a prevenção de reações informais injustas ao réu enquanto um dos objetivos do direito penal que justifica a existência de limites máximos para aplicação de penas criminais. Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 318), “toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa”.

A construção de um sistema garantista de direito penal mínimo estrutura-se a partir dos princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana como critérios complementares e correspondentes à dupla finalidade preventiva do direito penal, capazes de responder às doutrinas retribucionistas e da defesa social, mediante a construção de um programa de minimização das penas com vistas à própria abolição da pena privativa de liberdade.

Para Juarez Tavares (2018, p. 74), o princípio da necessidade é consequência do ideário iluminista e está diretamente relacionado ao propósito de limitar a imposição da pena criminal, na medida em que não basta a mera violação da lei para justificar a sanção penal. Retomando a máxima de Cesare Bonesana (2005, p. 98), toda pena que não derivasse da absoluta necessidade seria tirânica.

Assim, o garantismo enquanto modelo ideal aponta como paradigma de racionalidade da lei penal uma avaliação quantitativa e qualitativa da pena aplicada ao imputado, considerando-se supérflua qualquer sanção que exceda a medida suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, resumindo-se na máxima *nulla lex (poenalis) sine necessitate* o axioma A3 do sistema garantista (SG).

2.5.4. Princípio da lesividade

“A4 – Nulla necessitas sine injuria”

O princípio da lesividade ou da ofensividade do evento complementa o princípio da necessidade no que tange à questão sobre *quando (e o que) proibir*, condicionando toda e qualquer proibição penal à prática de condutas reprováveis por seus *efeitos lesivos a terceiros*. À lei penal, segundo a teoria garantista, caberia “o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes *efeitos lesivos* e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições” (Ferrajoli, 2002, p. 372).

Se bem é verdade que nem o princípio de necessidade nem o de lesividade são capazes de delimitar precisamente a natureza e a extensão do dano correspondente a toda proibição jurídica, o princípio de lesividade impõe à ciência e à prática jurídica o ônus de demonstrar ao menos a natureza lesiva do resultado que se busca evitar.

> A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como "lesão", "dano" e "bem jurídico" são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um "bem jurídico" e que sua lesão é um "dano" é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um "bem penal" significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena (Ferrajoli, 2002, p. 373-4).

Desse modo, o princípio da lesividade vincula o legislador à máxima kantiana segundo a qual a tarefa do direito seria a de tornar compatíveis entre si as liberdades de cada um. Se a definição de liberdade, segundo o artigo 4º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), consiste em se poder fazer tudo o que não prejudique os demais nos limites determinados pela lei, é sobretudo no campo da legislação penal orientada pelo princípio da lesividade que a compatibilização das liberdades individuais assume protagonismo.

Historicamente, o princípio da lesividade tem desempenhado um papel essencial na estruturação do Estado de direito e na construção, ao menos teórica, de um sistema de direito penal mínimo, a partir de uma fundamentação laica e jurídica orientada para redução da violência social.

O princípio da lesividade condiciona a proibição criminal a uma avaliação dos danos efetiva ou potencialmente causados a terceiros pelos efeitos e resultados da conduta que se pretende sancionar, de modo a limitar a intervenção penal aos comportamentos lesivos e reduzir as sanções criminais ao mínimo necessário por meio da tutela de direitos e interesses reputados socialmente fundamentais.

> Por efeito do princípio da lesividade, não se pode admitir uma criminalização de conduta que não tenha um mínimo de substrato empírico, o que fundamenta a atipicidade de lesões insignificantes do bem jurídico. Tampouco se pode acolher uma forma de criminalização por simples comportamento ou violação de um dever geral, com a qual se delimitam as incursões legislativas na criminalização de delitos de perigo abstrato ou de delitos omissivos sem a correspondência da omissão à produção do resultado por ação (Tavares, 2018, p. 73).

Todavia, a visão garantista refuta toda e qualquer fundamentação ontológica aos interesses tutelados pelo direito penal. Tais interesses supostamente protegidos pela intervenção criminal são tradicionalmente denominados *bens jurídicos.* Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 375), a concepção idealista do bem jurídico origina uma forma autoritária de direito penal ao atribuir legitimidade externa discricionária ao poder punitivo estatal.

No mesmo sentido, Juarez Tavares entende que o conceito de bem jurídico deve ser assumido como condição limitativa da incriminação e não como o próprio objeto de proteção, exigindo-se que à toda intervenção criminal corresponda um dano social decorrente da violação de direito subjetivo. Traçando uma analogia com o pensamento de Karl Marx, o autor desenvolve seu argumento sobre bem jurídico e lesividade:

> No mencionado processo de fetichização da mercadoria, MARX procurava demonstrar como o valor de uso dos bens postos em circulação, aliado aos interesses de consumo de seus adquirentes, ocultava o seu valor de trabalho e, assim, as contradições havidas no seu processo de produção. Se tomarmos o bem jurídico como objeto de proteção e não como condição limitativa da incriminação, parece perfeitamente cabível a analogia com esse argumento de MARX. Tal como na fetichização da mercadoria, pela qual se ocultam as relações de produção, ao retirar-se do tipo de delito a exigência de um dano social decorrente da violação de direito subjetivo e justificá-lo tão-só com a violação de um bem, que poderia ser confundido

> com a própria finalidade da norma, se legitima a incriminação, sem mais, por meio da simples legalidade (Tavares, 2002, p. 186).

Sistematizando as quatro funções do princípio da lesividade, Nilo Batista (2007, p. 91-6) identifica a proibição da incriminação (i) de uma atitude interna, pois ninguém pode ser punido por pensamentos ou sentimentos; (ii) de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, pois tanto os atos meramente preparatórios quanto a autolesão não produzem resultados lesivos a terceiros; (iii) de simples estados ou condições existenciais, sendo vedado o direito penal do autor; e (iv) de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Diante disso, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli exige que a avaliação sobre a necessidade da lei penal tenha como critério a verificação da lesividade dos fatos proibidos, cuja justificativa deve ser a compatibilização das esferas de liberdades individuais de cada cidadão de modo reduzir as proibições penais ao mínimo necessário, resumindo-se na máxima *nulla necessitas sine injuria* o axioma A4 do sistema garantista (SG).

2.5.5. Princípio da materialidade

"A5 – Nulla injuria sine actione"

Complementando os princípios da necessidade e lesividade no que tange à questão sobre *quando (e o que) proibir*, o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação é mais um passo na concretização de um direito penal mínimo. Segundo esse princípio, somente estará legitimada a intervenção penal se o dano ocorrer como efeito de uma conduta humana comissiva ou omissiva.

Fruto também das teorias iluministas, o princípio da materialidade sustenta-se no utilitarismo jurídico — pois somente as ações externalizadas podem produzir lesões penalmente relevantes a terceiros — e na separação axiológica entre direito e moral, pois veda ao controle do poder penal a imposição de valores, crenças e formas

de pensamento, subtraindo à tutela criminal qualquer juízo interior que diga respeito a convicções, personalidade, estado de ânimo, ideologias ou sentimentos pessoais.

> De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas — materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis — passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal (Ferrajoli, 2002, p. 384).

Assim, pode-se dizer que o valor político do princípio de materialidade representa a tolerância com formas ideológicas diferentes e a tutela da liberdade de consciência. Além disso, seu valor jurídico equivale à função garantista de promover o princípio da legalidade à condição de princípio da *estrita legalidade*.

A exterioridade e a materialidade da ação supõem necessariamente a legalidade em sentido amplo, sem a qual a ação punível não estaria predeterminada. Todavia, são também pressupostos da legalidade em sentido estrito, à qual conferem o papel específico de garantia de certeza, pois ações, ao contrário de estados de ânimo e concepções ideológicas aferíveis apenas por juízos axiológicos, são acontecimentos empíricos sujeitos a proibições taxativas e que conduzem a uma verificação fática.

Diante desse cenário, o garantismo enquanto modelo ideal pressupõe que a lei penal não pode se destinar à proibição de estados de ânimo interior ou meros pensamentos que não se exteriorizam, devendo a criminalização restringir-se a ações humanas materiais e empiricamente observáveis, sintetizando-se na máxima *nulla injuria sine actione* o axioma A5 do sistema garantista (SG).

2.5.6. Princípio da culpabilidade

“A6 – Nulla actio sine culpa”

O princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal complementa os três princípios vistos anteriormente — da necessidade, lesividade e materialidade — no que tange à questão sobre *quando (e o que) proibir* segundo um modelo garantista de direito penal mínimo.

Entende-se por culpabilidade o *elemento subjetivo ou psicológico* do delito, de modo que toda proibição recaia sobre uma conduta que seja fruto de ato consciente e voluntário: dirigido intencionalmente à produção de um resultado lesivo (dolosa) ou praticado mediante a violação de um dever de cuidado (culposa).

Dessa forma, subtrai-se da intervenção penal garantista qualquer forma de responsabilização objetiva de resultados. Além disso, nenhuma pena de natureza criminal pode ultrapassar a pessoa do delinquente, exigindo-se como condição indispensável à aplicação de qualquer sanção de natureza criminal a verificação fática de uma conduta voluntária que seja causa do resultado lesivo.

A fim de ilustrar o desenvolvimento histórica da noção de culpabilidade nos sistemas punitivos, Nilo Batista (2007, p. 102) retoma um exemplo da legislação da Babilônia, editada pelo rei Hamurabi (1772 a.C.), segundo a qual se um pedreiro construísse uma casa que desabasse e matasse o morador, o pedreiro seria morto. Caso ocorresse a morte do filho do morador, o filho do pedreiro também seria morto. De nada adiantaria que todas as regras inerentes à construção civil fossem observadas: ao desabamento e morte, seguiria necessariamente a aplicação da pena de morte.

Essa forma de responsabilização criminal objetiva pelo resultado é refutada pela teoria garantista. O resultado lesivo deve estar ligado diretamente à conduta do autor por um laço subjetivo. Portanto, é necessário demonstrar concretamente a intenção do autor em produzir o dano censurado pela legislação penal ou, ao menos, a sua intenção de praticar uma conduta mediante a violação de um dever de cuidado.

Sobre a distinção entre dolo e culpa, Luigi Ferrajoli (2002, p. 392) afirma que ambos são comportamentos intencionais, porém na culpa a intenção seria causa eficiente da ação enquanto no dolo ela seria causa eficiente do resultado:

> Se queremos utilizar esta terminologia, diremos que a responsabilidade penal decorre de culpa quando a intenção é apenas causa eficiente da ação, que, por sua vez, é causa eficiente do resultado; no dolo, por sua vez, o resultado é também causa final da ação. Consequentemente, enquanto no primeiro caso somente é possível uma explicação causal do nexo entre ação e resultado, no segundo é possível, também, uma explicação teleológica, no sentido de que a ideia da causa final opera como causa eficiente.

Ao identificar a essência do significado jurídico do conceito de *culpabilidade* segundo a dogmática penal moderna, Luigi Ferrajoli (2002, p. 392) aponta que essa noção poderia ser decomposta em três elementos: personalidade, imputabilidade e intencionalidade

Nos limites do objeto de estudo delimitado na presente tese e sem atender ao afã de maiores incursões a respeito do tema — cujo único consenso, segundo o próprio autor, “em torno da culpabilidade refere-se ao fato de que ela constitui o elemento do delito cuja comprovação implica maiores embaraços” (Ferrajoli, 2002, p. 401) —, cabe apontar como funções essenciais do princípio da culpabilidade assegurar o *caráter subjetivo e individuai* da responsabilidade penal.

De um lado, pode-se dizer que o princípio da culpabilidade implica a *subjetividade* da responsabilização penal mediante a exigência de dolo ou culpa para configuração do delito. De outra parte, tem-se a *personalidade* da responsabilidade penal como consequência da intranscendência (não pode ultrapassar a pessoa do autor) e individualização (não existe sanção criminal coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva) da pena.

> Por conseguinte, diremos que o sistema garantista SG e os outros sistemas que incluem a garantia da responsabilidade "pessoal", "subjetiva" ou "culpável", distinguem-se dos demais porque vetam a responsabilidade impessoal, objetiva ou não culpável, configurando as hipóteses de falta de algum dos três elementos da culpabilidade como outras tantas "causas subjetivas de exclusão do delito". Precisamente o delito e a consequente responsabilidade ficam neles excluídos: a) pelas causas de exclusão da personalidade (ou da "suità") da ação, como acontece nos fatos alheios ou no caso fortuito; b) pelas causas de exclusão da imputabilidade do autor, como a enfermidade mental ou a menoridade; c) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a

> inconsciência involuntária, a força maior, o constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro (Ferrajoli, 2002, p. 392).

Dessa forma, o garantismo enquanto modelo ideal pressupõe que a conduta censurada pela lei penal deve ser é resultado de uma decisão consciente e voluntária do agente, capaz de produzir uma conduta dolosa ou culposa que produza o resultado lesivo objeto da norma penal, condensando-se na máxima *nulla actio sine culpa* o axioma A6 do sistema garantista (SG).

2.5.7. Princípio da jurisdicionalidade

"A7 – Nulla culpa sine judicio"

Tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas como fim em si mesmas, mas especialmente como garantias recíprocas de efetividade. O conjunto das *garantias penais* — que busca responder as questões sobre *quando e como punir e proibir:* representado pelos princípios da retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade — somente se satisfaz quando acompanhado das respectivas *garantias processuais*, expressas por princípios que respondem questões sobre *quando e como julgar*.

Nesse sentido, o princípio da jurisdicionalidade reúne a essência de todas as demais garantias processuais ao condicionar a responsabilização criminal ao pressuposto da submissão à jurisdição, mediante a lógica da presunção de inocência, da separação entre juízo e acusação, do ônus acusatório da prova e do direito irrenunciável à defesa.

Os laços indissolúveis entre direito e processo penal traduzem-se na essência da epistemologia garantista, estruturada a partir do convencionalismo penal e do cognitivismo processual. Daí a correlação biunívoca apontada por Luigi Ferrajoli entre garantias penais e processuais, já que a estrita legalidade penal pressupõe a submissão à jurisdição.

> A correlação biunívoca entre garantias penais e processuais é o reflexo do nexo específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garantir - e não só para definir - o caráter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais que a administração ou outras formas de jurisdição, como "aplicação" ou "afirmação" da lei. No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições da prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta (Ferrajoli, 2002, p. 432).

Da mesma forma que o princípio da legalidade, a origem da garantia de submissão à jurisdição remonta à Carta Magna inglesa (*Magna Carta Libertathum*, 1215), ao afirmar que nenhum homem livre seria preso ou despojado de seus direitos e posses, nem banido, exilado ou privado de sua posição de qualquer outra maneira senão pelo *julgamento* legal de seus iguais ou pela lei da terra. ([68])

Para Luigi Ferrajoli, é possível distinguir entre o princípio da jurisdicionalidade em sentido lato e em sentido estrito. Enquanto a *submissão à jurisdição em sentido lato* seria exigida em qualquer forma processual — mesmo em sistemas inquisitivos e autoritários —, apenas a *submissão à jurisdição em sentido estrito* caracterizaria um sistema garantista, ao assegurar mediante o devido processo legal o conjunto das conjunto das três teses que passaremos a analisar: *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório)*, sine probatione* (princípio do ônus da prova) e *sine defensione* (princípio do contraditório).

O devido processo legal pode-se resumir no tripé sintetizado por Edson Luís Baldan (2007, p. 261): (i) submissão a um regramento legal produzido por agências legislativas legítimas e cujo conteúdo seja produzida conforme a Constituição; (ii) forma processual como instrumento adequado de aplicação dessas normas jurídicas; e (iii) desenvolvimento dos atos processuais em paridade de armas entre os sujeitos envolvidos.

---

[68] “Clause 39 - No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”.

> A partir dessa tríade, torna-se possível perquirir, objetivamente, acerca da legalidade ou ilegalidade constitucional da atuação estatal no processo penal formulando, diante de uma realidade concreta, as três indagações que lhes correspondam. A resposta negativa a pelo menos um desses quesitos arreda, inexoravelmente, a legitimidade da atividade persecutória penal do Estado em face do imputado, permitindo entrever atuação arbitrária, porque ilegal, de seus agentes que, assim alongados da legalidade, conspurcam a garantia constitucional do devido processo legal, violam direitos fundamentais do cidadão e, como conseqüência última, propiciam julgamentos injustos através de procedimentos iníquos (Baldan, 2007, p. 261-2).

Além disso, estrita jurisdicionalidade e presunção de inocência são conceitos que se implicam reciprocamente. Tomando-se a atividade jurisdicional em matéria penal como meio indispensável para identificação e comprovação individualizada da prática de um delito, é pressuposto de qualquer condenação criminal a existência de um conjunto probatório regularmente produzido que demonstre a ocorrência do crime e a conduta de seu autor.

> Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena (Ferrajoli, 2002, p. 441).

O objeto do juízo penal deve ser a demonstração da culpa e não a inocência, que deve sempre ser presumida. Nesse contexto, o autor aponta a presunção de inocência como “fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (Ferrajoli, 2002, p. 441).

Se levarmos a presunção de inocência a sério, devemos concluir assim como Luigi Ferrajoli pelo não cabimento da prisão cautelar. O autor propõe a abolição da prisão sem sentença definitiva para que o imputado possa comparecer livremente ao juízo e estar em pé de igualdade com a acusação para exercer a sua defesa (Ferrajoli, 2002, p. 449).

Em síntese, segundo o princípio da estrita jurisdicionalidade deve-se observar o devido processo legal para que a responsabilização criminal esteja condicionada à observância das garantias penais e processuais, de modo que as

penas de natureza criminal sejam impostas após um processo justo, em que as funções de acusar e julgar estejam claramente distintas, seja assegurada a presunção de inocência e direito de defesa, por um órgão investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição.

Portanto, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli condiciona a responsabilização criminal ao pressuposto da submissão à jurisdição em sentido estrito, resumindo-se na máxima *nulla culpa sine judicio* o axioma A7 do sistema garantista (SG).

2.5.8. Princípio acusatório

"A8 – Nullum judieium sine accusatione"

O princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação responde à questão sobre *quando julgar*. O processo penal deve assumir a forma de uma relação triangular entre três sujeitos: duas partes (acusação e defesa) e um julgador equidistante dos dois interesses contrapostos.

Para se compreender a essência desse princípio, é preciso distinguir os sistemas inquisitório e acusatório. O sistema inquisitório é marcado pela iniciativa do juiz em campo probatório, confusão das funções de acusar e julgar, disparidade de poderes entre acusação e defesa, bem como pelo caráter secreto da instrução.

Por sua vez, o sistema acusatório pressupõe o juiz como sujeito passivo, cuja função processual está nitidamente separada da acusação, a paridade entre defesa e acusação — a quem compete o ônus da prova —, a publicidade do julgamento e o exercício do contraditório.

> Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e

> oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa (Ferrajoli, 2002, p. 452).

No modelo garantista do processo acusatório orientado pela presunção de inocência, exige-se ao menos cinco regras decorrentes da forma triangular pela qual se desenvolve a relação jurídica processual. Em primeiro lugar, a acusação deve ser formulada de modo determinado, claro e preciso. Em segundo lugar, toda denúncia deve ser acompanhada de indícios que apontem a provável prática de um delito. Em terceiro lugar, a peça acusatória deve ser completa e transparente, a fim de possibilitar o exercício da ampla defesa. Em quarto lugar, deve se conferir ao acusado tempo adequado para exercer a defesa. Em quinto lugar, a acusação deve ser submetida à possibilidade de refutação pelo contraditório.

Não menos importante é a conclusão apontada por Luigi Ferrajoli (2002, p. 486) acerca da incompatibilidade entre o modelo acusatório e a possibilidade de colaboração do imputado com a acusação que sejam “fruto de meios capciosos ou transações, principalmente se feitos às escuras”.

Para o autor, delações e transações feitas pelas partes — ou, pior ainda, entre juiz e acusado — desvirtuariam as garantias penais e processuais na medida em que subtraem da jurisdição o dever de provar a acusação como pressuposto da responsabilização criminal.

Por essa razão, o autor propõe a absoluta vedação legal a qualquer tipo de negociação, delação ou colaboração do imputado com a acusação, como única maneira de preservar o modelo acusatório e limitar a tendência autoritária de juízes e inquiridores:

> Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquiridores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única

> maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regra de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado, também aos fins da determinação judiciária da pena dentro dos limites legais (Ferrajoli, 2002, p. 487).

Para Geraldo Prado (2005), a eleição ideológica do sistema acusatório é uma consequência natural do princípio democrático aplicado ao sistema jurídico, embora haja obstáculos concretos para superação da lógica autoritária no processo penal.

Em primeiro lugar, a mentalidade inquisitória e a tendência autoritária em matéria penal que costuma associar o aperfeiçoamento do sistema ao incremento de mecanismos punitivos. Em segundo lugar, a questão orçamentária para implantação de uma estrutura compatível com o sistema acusatório, especialmente no que tange ao aparelhamento das Defensorias Públicas. Em terceiro lugar, o fato da ciência e do ensino jurídico se desenvolverem distanciados da realidade e carentes de contato interdisciplinar que possibilitem a compreensão dos conflitos reais.

A eficácia do sistema acusatório pressupõe a compreensão dos critérios ideológicos que orientam as práticas do sistema penal enquanto sistema de poder. Mudanças legislativas ou estruturais na tentativa de construção de um sistema acusatório jamais se concretizarão em atos concretos de agentes do sistema de justiça contaminados por uma mentalidade inquisitória.

> A chave do sistema acusatório, no entanto, é constituída por elementos de análise da realidade que percebem o sistema penal como sistema de Poder. A natureza política do direito e do processo penal é responsável pelo tipo de técnica empregada nos tribunais. Sem entender isso, tal seja, sem compreender que as técnicas em direito são informadas por critérios ideológicos, corre-se o risco de se persistir acreditando em uma neutralidade axiológica dos instrumentos do poder punitivo, esvaziando o conteúdo das funções a serem exercidas pelos profissionais. Daí que não bastam os novos prédios, as novas carreiras jurídicas (ou novas formas de trabalhar as conhecidas carreiras) e os novos procedimentos legais se as pessoas continuam agindo e pensando como se ainda vivessem sob auspício de métodos inquisitivos (Prado, 2005, p. 116).

Diante do quadro apresentado, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli exige que o exercício da jurisdição penal se desenvolva a partir de uma relação processual triangular entre acusação, réu e julgador, seguindo-se a lógica da presunção de inocência e do contraditório, em um sistema acusatório que pode ser sintetizado na máxima *nullum judieium sine accusatione*, axioma A8 do sistema garantista (SG).

2.5.9. Princípio do ônus da prova

"A9 – Nulla accusatio sine probatione"

A questão sobre *como julgar* proposta pelo modelo garantista desenvolve-se a partir da aplicação conjunta de dois princípios: ônus da prova e contraditório. O princípio do ônus da prova ou da verificação traduz a lógica da busca pela verdade pelo processo penal segundo o sistema acusatório, na medida em que a responsabilização penal deve ser precedida da comprovação efetiva da hipótese acusatória.

No modelo inquisitório, a verdade é concebida como absoluta ou substancial, razão pela qual haveria uma *verdade real* como único ponto de chegada almejado pelos atos do processo, não fazendo qualquer sentido cogitar a existência de um conflito argumentativo das partes arbitrado por um julgador terceiro.

É apenas no modelo processual acusatório que se justifica a legitima existência de pontos de vista contrastantes entre as partes cujo conflito deva ser arbitrado por um juiz imparcial e independente, no curso de um procedimento segundo o qual somente se admite a responsabilização criminal do imputado caso a acusação comprove empiricamente a hipótese formulada na denúncia.

> A principal garantia de sua consecução é consequentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos

> de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione* (Ferrajoli, 2002, p. 488).

À concepção absoluta da *verdade real* corresponderia o caráter unilateral de um processo penal em que o juiz atua como protagonista na busca, ou mesmo extorsão, de elementos probatórios. Nesse caso, não haveria sentido em se falar de ônus da prova, pois empregar todos os meios necessários à descoberta da suposta verdade real seria missão do julgador.

Em sentido diametralmente oposto, o método acusatório pressupõe a existência de uma *verdade relativa ou formal*, alcançada mediante uma pesquisa empírica que se desenvolve a partir de um procedimento indutivo cujo resultado será obtido segundo um juízo de probabilidade.

> Quem alega qualquer coisa contra alguém é que deve provar que o que está dizendo corresponde ao real. Quem é acusado, nada tem de provar. A quem é acusado cabe apenas se defender, se quiser. Assim, obviamente, não é o réu quem tem de provar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, não é o réu quem tem de provar que a acusação não é verdadeira, não é o réu quem tem de provar que é inocente. Sua inocência, como visto, é presumida, como o é a inocência de qualquer indivíduo.” (KARAM, 2009, p.13).

Portanto, um sistema acusatória garantista implica a submissão da atividade probatória a limites previamente estabelecidos, resultando na necessidade de a acusação comprovar a sua hipótese delitiva valendo-se exclusivamente dos meios admitidos pela Constituição.

Caso haja dúvida sobre materialidade ou autoria dos fatos delituosos apresentados pela hipótese acusatória, o réu deverá ser absolvido. Nesse passo, o princípio *in dubio pro reo* é consequência lógica da garantia segundo a qual compete à acusação o ônus da prova.

Para Marco Antonio Marques da Silva,

> O princípio do *in dubio pro reo* foi desenvolvido para os casos em que a prova produzida não era segura, para a pena em virtude de suspeita e para a *absolutio ab instantia*. Beccaria teve atuação fundamental neste sentido, porque no seu livro *Dei delitti e delle* pene ele se insurgiu energicamente contra a quase prova ou semi prova, afirmando que não havia perigo maior do que condenar um inocente quando a probabilidade da inocência superasse a do delito. Desse modo, o princípio do *in dubio pro reo* também pode ser considerado uma consequência da luta dos Iluministas, no sentido de reformar o modo como o processo penal era conduzido, conforme anteriormente exposto (Silva, 2001, p. 33).

Em síntese, no sistema acusatório garantista não se deve impor qualquer ônus de provar circunstâncias de sua inocência ao réu, mas compete exclusivamente à acusação a obrigação de comprovar a responsabilidade criminal do imputado mediante os meios admitidos pela Constituição.

Desse modo, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli estrutura-se a partir de um método acusatório segundo o qual o ônus de comprovar a hipótese delitiva cabe exclusivamente à acusação, resumindo-se na máxima *nulla accusatio sine probatione* o axioma A9 do sistema garantista (SG).

2.5.10. Princípio do contraditório

"A10 – Nulla probatio sine defensione"

O princípio do contraditório, da defesa, ou da falseabilidade complementa o princípio do ônus da prova no que tange à questão sobre *como julgar* em conformidade a um sistema acusatório. Além da tarefa processual de comprovar a hipótese delitiva, toda manifestação acusatória deve ser informada à defesa e seguida da possibilidade de manifestação.

Nesse sentido, a garantia segundo a qual o ônus da prova é atribuído à acusação implica logicamente que o imputado deve ter direito a exercer efetivamente

a sua defesa. A hipótese acusatória deve ser submetida à refutação técnica e empírica da defesa, numa relação processual de igualdade de oportunidades entre as partes.

> O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, no parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas (Ferrajoli, 2002, p. 488).

Para que se possa caracterizar uma disputa leal e com paridade de armas no processo penal, é indispensável a igualdade entre as partes. O exercício do contraditório pressupõe que o réu seja assistido por um defensor habilitado tecnicamente, que no curso do processo penal será dotado das mesmas capacidades e poderes da acusação.

Além disso, o contraditório pleno e efetivo desenvolve-se a partir de dois atos: ciência dos atos processuais (direito à informação) e possibilidade de manifestação (direito de reação).

> Entender o contraditório como princípio regulador do processo penal é visualizar o desenvolver de elementos probatórios e instrutórios, com o fim de apresentar elementos idôneos ao julgador, para que este possa, de forma independente, mas sem qualquer interesse pessoal ou subjetivo, reconhecer nestes a segurança dos regramentos constitucionais exigidos, e que dão legitimidade e legalidade aos atos realizados, segurança jurídica esta suficiente a adotar uma posição negativa ou positiva na apresentação do provimento jurisdicional (Pereira, 2002, p. 17).

Num primeiro momento, é assegurado ao acusado o direito à informação. Conforme assegurado como garantia mínima no Pacto de São José da Costa Rica (1969), todo acusado tem o direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada. Importante perceber que não é qualquer forma de informação que satisfaz o princípio do contraditório. Marco Antonio Marques da Silva observa que o acusado “deve tomar conhecimento da acusação de modo explícito e efetivo para que o ato não tenha cunho meramente formal, provocando, de fato, uma situação de impossibilidade de defesa” (Silva, 2001, p. 18).

Num segundo momento, o direito à informação sobre os atos da acusação deve ser necessariamente acompanhada da possibilidade de reação pela defesa com emprego de todos os meios cabíveis para refutação da hipótese acusatória ou contestação dos mecanismos processuais empregados.

> No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige sua observância durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. (Fernandes, 2005, p.61.).

Em linhas gerais, o princípio do contraditório é corolário do sistema acusatório e do devido processo legal, assegurando-se ao réu o direito fundamental de ser informado claramente sobre a hipótese acusatória e todos os atos do processo penal, bem como que lhe seja garantido amplo poder de se defender técnica e empiricamente de todas as acusações.

Portanto, o garantismo enquanto modelo ideal proposto por Luigi Ferrajoli exige a presença de uma defesa efetiva exercida no processo penal em paridade de armas com a acusação, resumindo-se na máxima *nulla probatio sine defensione* o axioma A10 do sistema garantista (SG).

3. AUTORITARISMO PENAL

3.1. Epistemologia inquisitiva: substancialismo penal e decisionismo processual

> *"A estrutura totalitária do modelo penal inquisitivo possibilita a conformação de um paradigma verificável em inúmeros modelos de direito e processo penal: dos esquemas pré-modernos da Inquisição às modernas teorias da prevenção especial, ou da defesa social, ou do tipo normativo de autor, nas suas múltiplas variantes eticistas, antropológicas, decisionistas, eficientistas".*
> — Salo de Carvalho[69] —

O modelo garantista sustentado em dois pilares — convencionalismo penal e cognitivismo processual — é uma construção histórica recente do período iluminista, que remonta a não mais de dois séculos. Todavia, a tradição autoritária é muito mais antiga e jamais foi interrompida tanto nas práticas punitivas concretas quanto no discurso teórico e doutrinário.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 35), essa tradição autoritária seria fruto de práticas legislativas, judiciais e policiais consolidadas nas engrenagens estatais, mas também de doutrinas e modelos teóricos e políticos de direito penal de matizes autoritárias. Desde esquemas pré-modernos da inquisição até as teorias atuais que insistem na prevenção especial, na defesa social ou no tipo normativo de autor.

Ao caracterizar a antítese do modelo garantista, Luigi Ferrajoli sistematiza a categoria da *epistemologia inquisitiva ou antigarantista*. Avesso à epistemologia

[69] CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14.

garantista, o modelo inquisitivo se caracterizaria por dois elementos autoritários e antagônicos aos pilares garantistas: o substancialismo penal e o decisionismo processual.

Nesse sentido, os dois elementos constitutivos da epistemologia inquisitiva ou antigarantista correspondem a elementos simetricamente opostos à estrutura garantista do convencionalismo penal e cognitivismo processual: (i) de um lado, o *substancialismo penal* — ao contrário do convencionalismo penal garantista — consiste na definição ontológica do delito a partir de critérios morais não vinculados aos limites legais; (ii) de outra parte, o *decisionismo processual* — ao contrário do cogntivismo processual garantista — é o caráter potestativo da aplicação concreta de sanções criminais, sujeitas a apreciações subjetivas do julgador sobre a pessoa do acusado.

O *substancialismo penal*, também identificado pelo autor como cognitivismo ético, é a negação da garantia da estrita legalidade. Segundo a perspectiva substancialista, o objeto do direito penal não seria apenas o delito enquanto conduta tipificada em lei como tal, mas um desvio criminal enquanto ato em si mesmo imoral ou antissocial. Duas vertentes compartilham essa premissa: doutrinas moralistas que identificam o crime ao pecado e teorias utilitaristas que se propõem a combater a periculosidade do autor.

Por consequência, o substancialismo penal reduz a importância da lei enquanto critério exclusivo e exaustivo da definição dos crimes mediante a criação de tipos penais escritos e estritos. A técnica predominante seria a criação de figuras penais elásticas e indeterminadas, capazes de ampliar o espectro da criminalização de acordo com a discricionariedade dos agentes responsáveis pela aplicação concreta do direito penal.

> O primeiro aspecto da epistemologia inquisitiva seria uma concepção ontológica de delito. A análise do sistema penal não recairia sobre fato (pré)determinado pela lei penal válida mas, ao contrário, seria dirigida à personalidade da pessoa classificada como perversa, perigosa, herética. A conduta imoral ou antissocial e o resultado produzido seriam frutos da exteriorização da maldade do autor. Esta concepção foi traduzida na história da humanidade em inúmeras versões, das doutrinas moralistas que identificam no crime um pecado às

> naturalistas que veem no crime um sinal de anormalidade ou patologia psicofísica do sujeito, até aquelas pragmáticas e utilitaristas que a este conferem relevância somente quando se mostra como sintoma especial e alarmante da periculosidade do seu autor (Carvalho, 2008, p. 14-5).

Se o convencionalismo penal garantista estabeleceria como premissa a definição legal do delito (princípio da estrita legalidade), o substancialismo penal transcenderia essa limitação normativa para tratar do desvio criminal enquanto conduta imoral, socialmente perversa ou perigosa, a partir de critérios religiosos, moralistas, naturalistas ou eugenistas.

A partir de critérios de definição substancial do delito, esvazia-se a garantia fundamental da estrita legalidade. Enquanto o convencionalismo sustenta-se na separação clara entre a lei penal e critérios extrajurídicos, o substancialismo seria fruto da confusão entre direito e moral ou entre direito e natureza, resultando na consagração de juízos subjetivos e discricionários que violam a esfera de liberdade dos cidadãos.

> Entendida nestes termos, a oposição entre formalismo e substancialismo equivale à existente entre concepção juspositivista do delito, baseada no princípio de legalidade e na correspondente predeterminação e certeza legal dos fatos puníveis (*ius quia iussum*), e a concepção jusnaturalista, baseada em princípios ou valores extralegais ou de direito natural (*ius quia iustum*) (Ferrajoli, 2002, p. 299).

Por sua vez, o *decisionismo processual*, também identificado pelo autor como subjetivismo inquisitivo, é a negação da garantia da estrita jurisdicionalidade. Segundo a perspectiva decisionista, o juiz deixa de ser um árbitro cuja função é analisar concreta e motivadamente a veracidade ou a falsidade da hipótese acusatória, passando a assumir uma missão discricionária orientada por critérios morais.

Julgar deixa de ser um ato cognitivo e passa a ser um ato de poder. O processo penal não se destina à comprovação das hipóteses acusatórias e sua comprovação empírica mediante um procedimento probatório do tipo indutivo para dar lugar a juízos subjetivos e valorações pessoais dos agentes responsáveis pela persecução penal.

> O segundo elemento da epistemologia inquisitiva é o decisionismo processual, tanto no que diz respeito ao juízo quanto à execução da pena. O juízo inquisitorial abdica da cognição e, como efeito da falta de critérios objetivos, subjetiva a decisão e a aplicação/execução da pena desde uma perspectiva potestativa. Segundo Ferrajoli, o efeito desta subjetivação é a perversão do processo, dirigindo-o antes da comprovação de fatos objetivos à análise da interioridade da pessoa julgada; antes da constatação processual sustentada empiricamente a convencimentos incontroláveis do julgador sustentados por signos de 'verdade material' (Carvalho, 2008, p. 16).

Se o cognitivismo processual exige a comprovação jurisdicional do desvio punível, o *decisionismo processual* dispensa fundamentos empíricos precisos, aproximando o sistema penal de técnicas de prevenção e defesa social. Luigi Ferrajoli (2002, p. 36-7) aponta duas consequências do modelo decisionista: de um lado, o *caráter subjetivo do processo* orientado — não pela veracidade ou refutabilidade da hipótese acusatória, mas — pela avaliação das características pessoais do réu; de outra parte, o *caráter subjetivo do juízo* orientado — não pela análise de provas e fatos, mas — por valorações, diagnósticos e percepções subjetivas e discricionárias.

A partir de uma proposta decisionista, o juízo passa a remeter muito mais à *autoridade* dos agentes que atuam no sistema de justiça do que à *comprovação* empírica dos pressupostos acusatórios. Por consequência, um juízo penal que não se orienta por provas e fatos — mas por valores éticos e concepções morais — degenera-se em um juízo *sem verdade*.

Portanto, um elemento central para a identificação dos modelos penais é a natureza das funções atribuídas ao magistrado no processo. No sistema acusatório a função de julgar deve ser *imparcial*. Orientado pela posição do *juiz espectador*, o magistrado assume uma conduta passiva perante a iniciativa da ação e a gestão da prova, estando nitidamente separado das partes, notadamente do órgão acusador. Assim, a separação absoluta entre juiz e acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório.

Por outro lado, o modelo penal inquisitivo aproxima as funções de acusar e julgar. Nesse sistema, a função de julgar consiste na busca e valoração das provas,

permitindo-se que o magistrado tenha iniciativa para coletar elementos probatórios a pretexto de se buscar a verdade.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2015), a

> característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'acusação' –, dado o seu domínio único e omnipotente do processo em qualquer das suas fases. Como refere Foucault, com razão, ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado.

Diante do quadro apresentado, a oposição identificada entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponderia a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre legalidade e moralismo, entre cognitivismo e decisionismo, entre fatos e valores, entre prova e inquisição, entre vinculação e discricionariedade, entre razão e vontade, entre verdade e poder.

Se o garantismo é reconhecidamente um modelo utópico, um sistema penal sem garantias e sem referência à verdade seria tão somente um conjunto de técnicas punitivas arbitrárias. Entre estes dois extremos — epistemologias garantista e inquisitiva —, existem distintas formas e diversos sistemas penais mais ou menos autoritários na medida em que se afastam ou se aproximam, abstrata e concretamente, dos dez postulados garantistas.

3.2. Sistemas inquisitivos (S1-S9): direito penal máximo e irracionalismo jurídico

> *"Será, pois, suficiente aos fins teóricos aqui perseguidos configurar somente outros nove sistemas em adição a SG, disponíveis em grandes traços na ordem do garantismo*

> *decrescente e do autoritarismo crescente: um sistema S1 'sem prova e defesa (em sentido estrito)'; um sistema S2 'sem acusação separada'; um sistema S3 'sem culpabilidade'; um sistema S4 'sem ação'; um sistema S5 'sem ofensa'; um sistema S6 'sem necessidade'; um sistema S7 'sem delito'; um sistema S8 'sem juízo'; um sistema S9 'sem lei'".*
> — Luigi Ferrajoli[70] —

Ao tratar dos dez axiomas do garantismo, ficou claro que o sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli é um modelo ideal. Por essa razão, trata-se de um legítimo parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade dos modelos punitivos existentes, que torna possível a análise dos *graus de garantismo* de um sistema concreto.

Nesse sentido, a subtração de uma ou mais garantias do sistema garantista (SG)[71] é capaz de gerar diversos modelos de direito penal autoritário. O autor propõe a sistematização de *nove modelos autoritários* (S1-S9), deixando claro que não tem a pretensão de exaustividade.

Os modelos autoritários propostos por Luigi Ferrajoli (2002, p. 78) são: sistema de *mera legalidade* (S1); método *inquisitivo* (S2); *objetivista* (S3); *subjetivistas*

---

[70] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 78.

[71] Caracterizado pelos dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais expressos pelas máximas latinas:
A1 – *Nulla poena sine crimine*
A2 – *Nullum crimen sine lege*
A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
A4 – *Nulla necessitas sine injuria*
A5 – *Nulla injuria sine actione*
A6 – *Nulla actio sine culpa*
A7 – *Nulla culpa sine judicio*
A8 – *Nullum judieium sine accusatione*
A9 – *Nulla accusatio sine probatione*
A10 – *Nulla probatio sine defensione*

(S4 e S5); *vexatório* (S6); de *mera prevenção* (S7); de *justiça patriarcal* (S8); e de *estado policial* (S9).

Vale destacar que os modelos de processo penal autoritário (S1-S2), modelos de direito penal autoritário (S3-S6) e modelos punitivos irracionais (S7-S9) fazem referência direta ao sistema penal garantista (SG). Cada um deles, elencados em ordem crescente de autoritarismo (S1-S9), corresponderia à negação de um ou mais dos dez postulados garantistas (A1-A10).

O sistema S1 é identificado como sistema de *mera legalidade* e deriva da subtração dos princípios do ônus da prova (A9) e do contraditório (A10). O direito de ampla defesa não se limita à previsão normativa abstrata de tais garantias, mas exige a efetividade concreta no exercício das práticas do sistema de justiça. Esse modelo de processo penal autoritário estaria presente sempre que um sistema que não condicione rigidamente a responsabilização penal à comprovação inquestionável da hipótese acusatória ou não submeta o conteúdo da denúncia à refutação concreta da defesa.

O sistema S2 é chamado de sistema *sem acusação separado* e revela o método inquisitivo, derivado da subtração do princípio acusatório (A8). Trata-se de um modelo de processo penal autoritário que prescinde da imparcialidade do juiz e da separação entre as funções de julgar e acusar. Esse sistema estaria presente em um ordenamento concreto sempre que o magistrado assuma funções acusatórias (gestão da prova, iniciativa da ação penal etc.) ou a acusação assuma funções jurisdicionais (justiça penal negociada, discricionariedade no exercício da ação penal etc.).

O sistema S3 é apontado como *objetivista* e traduz a forma de um modelo que prescinde da culpabilidade (A6). Informado pela responsabilidade penal objetiva, é a forma mais arcaica e primitiva de exercício do poder punitivo orientado por sanções independentes da intencionalidade do autor dos fatos. Todavia, ainda existem resquícios de sistemas objetivistas nos ordenamentos que contemplam estruturas penais em que a culpa é presumida ou prescindida.

Os sistemas S4 e S5 são *subjetivistas* e se caracterizam por perseguir a pessoa do réu e não a sua conduta. Enquanto modelos de direito penal do autor — e não do fato —, o sistema S4 opera sem a garantia da materialidade da ação (A5) e o

sistema S5 desconsidera a lesividade do fato (A4). Os dois sistemas traduzem em modelos penais uma tendência utilitarista sustentada na valoração da anormalidade ou periculosidade do réu, em detrimento de referências empíricas sobre a conduta praticada e a lesão causada.

O sistema S6 é identificado como sistema *vexatório*, caracterizado pelo abandono do princípio da necessidade ou da economia do direito penal (A3). Trata-se não propriamente de uma técnica punitiva, mas de um critério orientador da política criminal que resultaria em proibições e penas supérfluas, injustificadas, excessivas, impertinentes ou desproporcionais.

Os sistemas S7, S8 e S9 são denominados sistemas *irracionais*, uma vez que não poderiam ser considerados propriamente modelos penais. O primeiro deles (S7) é chamado de sistema de *mera prevenção* por dispensar a própria configuração de um delito, abandonando-se o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (A1). O segundo (S8) é identificado como sistema de *justiça patriarcal* por não se vincular à lei ou a critérios preestabelecidos de fato ou de direito, prescindindo do princípio da legalidade (A2). Por fim, o sistema S9 é apontado como sistema *de Estado policial*, caracterizado por leis penais em branco que permitem intervenções punitivas incondicionadas e ilimitadas, contrariando o princípio da jurisdicionalidade (A7).

Para Luigi Ferrajoli, todo sistema punitivo concreto apresenta algum elemento de irracionalidade próprio do sistema de *justiça patriarcal* (S8) ou do sistema *de Estado policial* (S9):

> Entretanto, pode-se afirmar desde logo que, à medida que o sistema cognitivo SG seja um modelo limite não satisfeito, todo o sistema positivo de direito penal e processual apresenta, ainda que em graus distintos conforme as diversas normas e as diversas práticas, algum elemento de irracionalidade, próprio do "Estado policial" e/ou da "justiça do cádi" (Ferrajoli, 2002, p. 82).

Sobretudo, é importante ressaltar que a sistematização proposta pelo autor acerca dos modelos de processo penal autoritário (S1-S2), modelos de direito penal autoritário (S3-S6) e modelos punitivos irracionais (S7-S9) revela-se um parâmetro de

racionalidade dos modelos punitivos existentes e declaradamente “não tem pretensões de exaustividade” (Ferrajoli, 2002, p. 78).

3.3. O mito da verdade real

> *“É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença”. ([72])*

No sistema penal brasileiro, o *decisionismo processual* — negação da garantia da estrita jurisdicionalidade, segundo o qual o juiz deixa de ser um árbitro cuja função é analisar concreta e motivadamente a veracidade ou a falsidade da hipótese acusatória, passando a assumir uma missão discricionária orientada por critérios morais — manifesta-se tradicionalmente pelo assim chamado *princípio da busca pela verdade real*.

Tanto em normas que ampliam o poder instrutório dos magistrados, quanto na doutrina processual penal clássica brasileira, identifica-se a presença constante daquilo que se convencionou chamar de princípio da busca pela verdade real. Embora seja mais comum em obras produzidas anteriormente à Constituição Federal de 1988, ainda hoje existem autores que trabalham o processo penal como instrumento em busca de uma verdade real.

É preciso compreender a formação histórica dessa noção de *verdade real*. Durante a Idade Antiga, o poder punitivo era exercido por meio das ordálias. Segundo

[72] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-7

esse meio de prova(ção), atribuía-se a revelação da verdade a entidades que estão além da compreensão humana. Nessa perspectiva transcendente, a verdade seria obtida por manifestações da natureza ou de divindades, submetendo-se os acusados a duelos mortais ou situações de risco geralmente operacionalizadas por recursos da natureza (água, fogo, veneno).

Conforme retratado por Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 38), “a ordálias do dolo era a via pela qual Deus expressava sua decisão e, por conseguinte, decidia sobre a verdade”, de modo que cabia ao juiz apenas e tão somente zelar pelo respeito às regras procedimentais, evitando “sofismas que desvirtuassem ou impedissem a expressão clara da vontade divina”.

Nas sociedades gregas, desenvolveu-se de forma embrionária um modo distinto de acesso à verdade, que prestigiava uma busca empírica, racional e imanente de reconstrução dos fatos pretéritos em detrimento à tradicional lógica transcendente de revelação da verdade.

O método grego do inquérito não se desenvolveu a ponto de assumir um protagonismo como mecanismo de busca da verdade e superação das ordálias. Em compensação, o inquérito que renasce na baixa Idade Média terá grande relevância e dará origem a novos elementos próprios da cultura europeia ocidental, com a formação dos Estados Nacionais e a influência da Igreja Católica.

Nesse contexto, está claro que o período feudal representou um hiato nesse processo edípico de racionalidade imanente na reconstrução histórica dos fatos, apelando-se para elementos místicos em detrimento à racionalidade empírica.

No feudalismo, todos os meios de prova(ção) do sistema inspiravam-se nos métodos desenvolvidos na Antiguidade e pressupunham uma forma de acesso à verdade a partir de uma lógica transcendente. Não se procedia a uma reconstrução histórica dos acontecimentos, não se buscavam testemunhos sobre o ocorrido, mas tão-somente a revelação divina por meio da sobrevivência em desafios ou da vitória em duelos e batalhas.

Paralelamente ao processo inicial de formação dos Estados Nacionais, na transição para o período histórico identificado como Baixa Idade Média, procedeu-se

a uma estruturação mais complexa do poder punitivo, embora ainda orientada pela influência da Igreja Católica.

As ordálias, que representavam a presença divina na revelação da verdade, foram abandonadas e a verdade passou a ser estabelecida por meio da inquisição, do interrogatório, dos testemunhos.

Essa transformação inquisitorial caracterizou o que Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 38-9) identifica como o *sequestro de Deus*, pois "o inquisidor ou interrogador deixa de ser um árbitro e passa a ser um investigador" de modo que "Deus já não decide entre dois iguais como partes, mas está sequestrado pelo senhor". Nessa transição da *disputatio* (verdade obtida por mecanismos transcendentes) à *inquisitio* (verdade obtida segundo uma lógica imanente), o autor assevera que

> esta forma de obter a verdade passou do processo penal a todo o saber humano e que a luta ou *disputatio*, que era a via de obtenção da verdade de todo o saber (astrologia, alquimia, medicina dedutiva), cedeu lugar à *inquisitio* (interrogação do sujeito cognoscente ao objeto de conhecimento), com o que a astrologia se transformou em astronomia, a alquimia em química, a medicina dedutiva em empírica etc.

Como consequência, abandona-se a verdade transcendente em prol da busca por uma verdade real, concebida a partir de uma perspectiva estruturalista da linguagem enquanto representação do mundo real.

Se a verdade transcendente era obtida conforme a vitória ou fracasso em jogos ritualizados como as ordálias, a partir do final do século XII surge algo totalmente novo como condição para o exercício do poder punitivo na busca pela verdade real. Não se trata mais de indivíduos resolvendo os próprios conflitos, mas da submissão dos indivíduos a um poder exterior.

Esse poder judiciário se manifesta por meio de dispositivos inéditos. Em primeiro lugar, o papel do juiz é totalmente reconstruído. Se antes a autoridade era exercida meramente para assegurar a regularidade dos mecanismos de acesso à verdade transcendente que se desenvolviam automaticamente (o jogo, a sorte, os duelos), a partir de então o juiz passa a ser o próprio responsável pela descoberta da verdade, a ser revelada na sentença, que consiste em uma "enunciação, por um

terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão" (Foucault, 2001, p. 61)

Além disso, cria-se um personagem totalmente novo: o procurador. Se antes os conflitos eram individualizados e cabia à vítima lesada buscar a reparação do dano, a partir do século XII surge a noção de que o soberano também seria lesado pelos desvios individuais de conduta. Nesse contexto, o procurador assume a função de representante do soberano para postular as pretensões da vítima.

Essa forma de exercício do poder é introduzida a partir da Igreja e impregnada de categorias religiosas. Assim, para Michel Foucault (2001, p. 74):

> Quando um indivíduo, causa dano a um outro, há sempre, a fortiori, dano à soberania, à lei, ao poder. Por outro lado, devido a todas as implicações e conotações religiosas do inquérito, o dano será uma falta moral, quase religiosa ou com conotação religiosa. Tem-se assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre a lesão à lei e a falta religiosa. Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos totalmente livres."

Nesse sentido, o autor (Foucault, 2001, p. 78) reconhece no inquérito uma forma de saber-poder indissociavelmente ligada à busca pela verdade, um modo de exercício do poder que "por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autentificar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir".

Da mesma forma que o inquérito nos moldes implementados na transição para a Baixa Idade Média é essencialmente um modo de busca pela verdade como representação da realidade, a crença na existência de uma verdade real acessível ao processo penal deve ser compreendida no contexto do estruturalismo linguístico, proposto séculos mais tarde por Ferdinand Saussure (2006), mas cujos pressupostos já podiam ser bem identificados nessa concepção embrionária da busca por uma verdade real.

O estruturalismo analisa a linguagem como um sistema superior às demais coisas do mundo, cuja função seria representar a realidade mediante relações de equivalência ou de oposição em relação a todos os demais elementos, o que

pressupõe uma ligação sempre presente e necessária entre significante e significado, linguagem e realidade.

Nesse sentido, parte-se de uma concepção segundo a qual a reconstrução de fatos pretéritos poderia ser desenvolvida pelo sistema linguístico a espelhar os elementos da realidade para o campo do processo penal, obtendo-se mediante interrogatórios, pesquisas empíricas e testemunhos a verdade real enquanto exata correspondência da realidade a ser buscada inquisitivamente pelo julgador.

Portanto, a obsessão por uma verdade real, que ainda apresenta resquícios sólidos e influentes em nosso ordenamento jurídico e em parcela da doutrina contemporânea, deita raízes nesse sequestro de Deus pelos inquisidores, nessa transição de uma busca transcendente à lógica imanente de acesso à verdade a partir da reconstrução histórica, empírica e racional dos fatos.

Pode-se identificar na doutrina processual penal brasileira clássica diversas referências ao que se convencionou chamar de princípio da verdade real. Por todos, é ilustrativa a obra de Júlio Fabbrini Mirabete (1998, p. 44):

> Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Como consequência elementar dessa crença na possibilidade de superação dos limites que seriam próprios de uma “verdade formal”, com base no chamado princípio da verdade real confere-se ao juiz poderes inquisitivos para produzir provas em busca da mais fiel representação dos fatos.

Inúmeros autores brasileiros clássicos adotam o princípio da busca pela verdade real como estrutura do processo penal brasileiro. Para Damásio Evangelista de Jesus (1989, p. 55):

> O processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do artigo 156, 2.º parte, do CPP, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências *ex officio*, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo

No mesmo sentido, para Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p. 37-8) “o Processo Penal deve tender à averiguação e ao descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença”, de modo que “o Juiz penal não deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes”, uma vez que "no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições, para dar base certa à justiça”.

Também, para Vicente Greco Filho (2012, p. 59):

> Finalmente, é princípio do processo penal, que interfere na garantia da ampla defesa, a aferição, pelo juiz, da verdade real, e não apenas da que formalmente é apresentada pelas partes no processo. O poder inquisitivo do juiz na produção das provas permite-lhe ultrapassar a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a realização *ex officio* de provas que tendam à verificação da verdade real, do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza.

O mesmo autor (Greco Filho, 2012, p. 174) conclui que o juiz deve buscar essa verdade enquanto representação dos fatos independentemente da provocação das partes, pois “a verdade real, aquela dos fatos da forma em que ocorreram, supera a verdade que as partes colocam, e deve ser buscada pelo juiz, independentemente de iniciativa de parte”.

O potencial autoritário dessa busca pela assim chamada *verdade real* é a ampliação dos poderes instrutórios do julgador, que deixa de ser um árbitro imparcial em razão do suposto dever de investigar os fatos apontados pela acusação independentemente da iniciativa das partes.

Nesse passo, como síntese de toda a doutrina que gravita em torno da busca pela verdade real no processo penal, Fernando Capez (2011, p. 66-7) classifica

como potencialmente *desidiosa* a limitação à iniciativa das partes, razão pela qual o *dever* do juiz seria superar a determinação das partes para esgotar todas as possibilidades em busca da *verdade real*:

> Da verdade material ou da livre investigação das provas: Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material sub judice, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença.

Nesse contexto, a crença estruturalista na existência de uma verdade absoluta — enquanto possibilidade de uma representação fiel do mundo por meio da linguagem — faz com que parte ainda relevante da doutrina brasileira considere a existência de um princípio identificado como busca pela verdade real no processo penal, atribuindo poderes instrutórios ilimitados ao juiz para além da iniciativa probatória (desidiosa?) das partes.

Na realidade, o princípio da busca pela verdade real é um mecanismo legitimador do autoritarismo penal. A verdade é contingente e deve ser reconstruída no processo penal mediante a reprodução dos fatos pretéritos por meio de provas admitidas pelo ordenamento jurídico e sua articulação com o programa normativo, em um processo hermenêutico comandado pelas normas constitucionais.

A premissa de que *não existe uma verdade real* em absoluta correspondência à realidade a ser descoberta pelo processo penal implica o abandono do princípio da verdade real como paradigma do processo penal. Nesse sentido, também para Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 78):

> O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida [...] e ainda agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade do juiz aplicar a norma de

> direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça

Ao buscar a *verdade real*, a atividade do magistrado deixa de ser um ato cognitivo e passa a ser um ato de poder. O processo penal deixa de ser um instrumento garantista em que a acusação deve comprovar as hipóteses acusatórias mediante um procedimento probatório do tipo indutivo para dar lugar a juízos subjetivos e valorações pessoais de acordo com a disposição dos agentes responsáveis pela persecução penal.

Portanto, a noção de verdade real pressupõe a existência metafísica de uma verdade soberana — correspondência espelhada da realidade — alcançável pelo sujeito cognoscente. Estruturada nesse conceito, temos uma visão do processo penal enquanto perseguição inexorável da verdade, justificando-se poderes inquisitivos ao julgador para que conduza a produção das provas de acordo com os seus próprios critérios e valores, tal qual uma divindade capaz de revelar a melhor solução para o caso.

3.4. A falácia do garantismo positivo ou integral

> *"Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas brasileiros de orientação crítica fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal".*
> — Lenio Luiz Streck[73] —

[73] Bem jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, FDUC, vol. LXXX, 2004, p. 5.

“Todo camburão tem um pouco de navio negreiro”, a música de Marcelo Yuka gravada pelo grupo *O Rappa* é capaz de resumir em uma frase a lógica do sistema de justiça criminal ao longo da história brasileira. Autoritarismo, seletividade e crueldade são características de todos os modelos penais desenvolvidas pelas sociedades ocidentais nos últimos séculos.

A ilusão que sustenta o autoritarismo penal brasileiro é enxergar que somos protegidos *pelo* sistema penal, quando em verdade o sistema constitucional de direitos fundamentais e garantias individuais nos protege *do* poder penal. Nos moldes trabalhados por Luigi Ferrajoli, nenhuma proposta autenticamente garantista sustenta que o direito penal seja capaz de proteger a sociedade de modo eficaz.

Com efeito, ao identificar o caráter utópico do sistema garantista enquanto *modelo ideal* e em grande parte *ideológico*, Luigi Ferrajoli (2002, p. 30) não se ilude e nem pretende nos iludir com a proposta de conferir racionalidade e confiabilidade no juízo criminal. Partindo-se do pressuposto segundo o qual a limitação do poder punitivo e a tutela da pessoa contra a arbitrariedade estatal jamais serão alcançadas em sua plenitude enquanto perdurar o sistema criminal, é preciso trabalhar com duas premissas para compreender o autoritarismo penal em suas mais variadas formas.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que — se o garantismo é um modelo utópico — (i) *a realidade de todo sistema penal será sempre autoritária*. Por consequência, (ii) *a missão do sistema garantista é criar e tornar efetivas técnicas de limitação do poder punitivo*. Ancorados nessas duas premissas, podemos compreender a proposta de Luigi Ferrajoli (2002, p. 745) segundo a qual função utilitária e garantista do direito penal seria de *minimização da violência* por meio da *minimização do poder*.

A única forma possível de minimização do poder seria a *maximização dos direitos fundamentais*. Por isso, o modelo garantista orienta-se pela limitação dos poderes do Estado com o correspondente aumento da liberdade do cidadão. A lei penal somente se justificaria como forma de harmonização das liberdades de todos,

pois sempre que uma liberdade atenta contra a liberdade alheia — seja pela ação estatal ou entre particulares — a liberdade se converteu em poder.

Nesse passo, o sistema penal garantista seria a forma possível de minimizar a violência e maximizar direitos fundamentais, limitando os poderes e contemplando as liberdades. Portanto, o garantismo não nega legitimidade ao direito penal, mas procura torná-lo mínimo e racional. Às propostas abolicionistas que propõem o *fim do direito penal*, Luigi Ferrajoli responde questionando os cenários possíveis a partir da completa abolição do sistema penal.

Se é natural que a existência humana em sociedade não prescinda de um sistema de controle que se proponha a assegurar as liberdades individuais, haveria quatro possíveis caminhos alternativos ao direito penal. Todos eles "privados de qualquer garantia contra a prepotência e o arbítrio" (Ferrajoli, 2002, p. 272-3). Cada um desses quatro sistemas de controle — sociedade selvagem, sociedade disciplinar, Estado selvagem e Estado disciplinar — consistiria em uma forma concreta de manifestação dos *poderes selvagens* (Ibidem, p. 746).

Os sistemas de controle *social-selvagem* seriam próprios de ordenamentos arcaicos em que a reação à ofensa se dá (não pela pena, mas) por atos de vingança individual, com apelo à lei do mais forte. Nos sistemas de controle *estatal-selvagem*, a pena seria imposta por mecanismos autoritários de poder orientados pelo arbítrio e discricionariedade de seus aplicadores e sem garantias ao condenado.

Já os sistemas de controle *social-disciplinar* seriam marcados pelo policiamento moral, panoptismos sociais difusos, perseguições ideológicas e demonizações públicas. Por fim, os sistemas de controle *estatal-disciplinar* seriam uma estrutura tipicamente moderna e um perigo real para o futuro da nossa civilização, caracterizado pelo desenvolvimento de técnicas de vigilância total justificadas pelo discurso da segurança pública.

Além de serem as quatro hipóteses alternativas de abolição ao direito penal identificadas por Luigi Ferrajoli (2002, p. 746), sociedade selvagem, sociedade disciplinar, Estado selvagem e Estado disciplinar seriam também "as quatro formas, tampouco incompatíveis, de relações sociais e políticas de poder que se desenvolvem

e convivem, de modo desregulado, fora, ou às vezes dentro das tramas do Estado de direito".

Ou seja, o autor aponta que elementos próprios da sociedade selvagem e disciplinar, bem como do Estado selvagem e disciplinar, convivem permanentemente no interior do Estado de direito e de regimes democráticos na forma de *poderes selvagens*.

Selvagens porque extrajurídicos e tendentemente absolutos, seja porque se desenvolvem em um ambiente substancialmente livre e descontrolado ou porque operam independentemente de qualquer função ou instituição jurídica de modo puramente extralegal ou ilegal.

A tese que propomos nesse momento é a de que a doutrina brasileira desenvolveu uma forma de manifestação desse poder selvagem a partir da apropriação fraudulenta da teoria ferrajoliana. Manipulando autoritariamente a própria essência do garantismo, temos assistido a construções teóricas que propõem um *garantismo integral* ou *garantismo positivo*.

Pródiga em distorcer teorias estrangeiras, a doutrina brasileira não preservou o garantismo penal de um *crime científico*. Somos provavelmente o único lugar do mundo em que uma teoria incontestavelmente destinada a limitar o exercício do poder punitivo, minimizar a violência social e maximizar os direitos fundamentais foi deturpada a tal ponto de se chamar *garantismo integral* ou *garantismo positivo* uma visão punitivista de defesa social.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 57), "o problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas — limites, garantias individuais e direitos fundamentais — no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático". Assim, percebe-se que a simples contemplação teórica das garantias penais e processuais não seria suficiente para caracterizar um sistema garantista. É preciso ir além, prescrevendo-se abstratamente as garantias e lhes assegurando efetividade concreta, na busca por um sistema de *direito penal mínimo*.

> Com efeito, poderíamos dizer que um sistema penal somente se justifica se a soma das violências — delitos, vinganças e punições arbitrárias — que este é capaz de prevenir for superior

> àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. Naturalmente, um cálculo deste gênero é impossível. Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como mal menor — ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária — se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva. (Ferrajoli, 2002, p. 271)

Em sentido totalmente contrário à abordagem de Luigi Ferrajoli, doutrinas brasileiras que advogam pela ampliação dos mecanismos de criminalização tendentes a um *direito penal máximo* reivindicam fraudulentamente o termo *garantismo* (integral ou positivo) para justificar suas pulsões autoritárias.

O raciocínio proposto pela teoria do garantismo positivo ou integral é que o modelo garantista deveria comportar duas perspectivas: uma *face negativa* (de proteção do cidadão contra o autoritarismo estatal) e uma *face positiva* (que exigiria a intervenção penal do Estado para proteger a sociedade de forma eficiente). Nesse contexto, o pleno garantismo penal seria o equilíbrio entre a proibição de excessos e a proibição da proteção insuficiente.

Essa corrupção teórica do garantismo foi proposta por Lenio Luiz Streck em um artigo publicado no ano de 2004, intitulado *Bem jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. No texto, o autor argumenta que o princípio da proporcionalidade deveria orientar a ampliação do garantismo “para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental” (2004, p. 8).

Nesse passo, o raciocínio de Lenio Luiz Streck parte da premissa segundo a qual o direito penal seria instrumento capaz de proteger direitos fundamentais para propor uma *ponderação* entre direitos fundamentais do cidadão e poder punitivo do Estado. Ao fazê-lo, todavia, esvazia-se de sentido o conceito *garantismo penal*.

Não se trata apenas de ressignificar um conceito, mas uma irremediável deturpação da teoria proposta por Luigi Ferrajoli, para quem o garantismo penal se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, uma técnica de minimização da violência e maximização da liberdade, um sistema de limitação à função punitiva do Estado por meio da ampliação dos direitos fundamentais.

Com efeito, Luigi Ferrajoli (2002, p. 730) não admite a ponderação entre o *poder* punitivo do Estado e os direitos fundamentais, que assumem a função de *contrapoderes* democrático do cidadão:

> Tudo isto torna ainda mais insensata a associação entre direitos fundamentais e outras figuras de direitos ou prerrogativas, sugerida pelas mais que globais categorias dos "direitos subjetivos" e "situações jurídicas". A radical diferença de estrutura dos direitos fundamentais em relação a todas as situações jurídicas de poder e dever faz, ao invés, dos primeiros o campo do não poder, onde tomam forma e se desenvolvem as identidades, as carências e os valores — pessoais e sociais — que por sua tramitação exigem igual tutela e satisfação. Mas o faz, outrossim, como se verá, o campo dos contrapoderes, ou seja, dos instrumentos de tutela, de autonomia e de conflito — individual ou coletivo — atribuídos aos sujeitos mais frágeis e privados de poderes contra o jogo, de outro modo, livre e desenfreado dos poderes públicos e privados e das conexas desigualdades.

Ao subverter a estrutura fundamental do garantismo enquanto sistema de *limitação* do poder penal para sugerir que “o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal”, Lenio Luiz Streck (2004, p. 5) corrompe a teoria garantista para legitimar a *ampliação* do poder penal.

Lamentavelmente, constata-se que a pretensão de se alçar a ideia de *proibição de insuficiência do direito penal* no contexto de um modelo teórico intitulado *garantismo integral* tem sido prestigiada por parte da doutrina brasileira[74], a partir da proposta de Lenio Luiz Streck.

---

[74] CALABRICH, Bruno; FISCER, Douglas e PELELLA, Eduardo (2013). Garantismo Penal Integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2a edição. Salvador: editora JusPodivum, 2013. FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito

Por todos, a obra de Douglas Fischer (2009) parece resumir a tendência autoritária de parte da doutrina processual penal brasileira, ao tratar de um suposto *garantismo monocular e hiperbólico*:

> Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do "garantismo penal", sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quiçá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época.

Claro está que a estrutura de uma suposta ponderação entre excesso e insuficiência do direito penal legitima discursos autoritários de matiz ideológica da defesa social. Segundo uma perspectiva autenticamente garantista, qualquer ponderação ou apelo ao princípio da proporcionalidade somente poderia atuar como instrumento de limitação do direito penal, apenas enquanto *proibição do excesso* e jamais como *proibição da insuficiência*, pois a proposta de Luigi Ferrajoli é exatamente a construção de um direito penal mínimo.

As funções retributivas e preventivas não são justificativas aptas a legitimar a intervenção penal, pois a sanção criminal não é um instrumento capaz de prevenir delitos. Nesse sentido, a manipulação da categoria *proibição da insuficiência*

---

penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In GAUER, Ruth (Org). Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 20 janeiro 2018.

enquanto instrumento garantista sob uma suposta ótica “positiva” frauda a essência do sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

Analisando concretamente o engodo teórico de Lenio Luiz Streck, conclui-se que sua proposta é construída com referências deturpadas à teoria de Alessandro Baratta. Em ao menos três passagens de suas obras, encontramos referências do autor brasileiro ao jurista italiano:

> Ou seja, é preciso ampliar a perspectiva do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, o que significa entender o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, sim, também como garantismo positivo, o que, no dizer de Baratta, aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas (Streck, 2004, p. 25).

> Perfeita, pois, a análise de Alessandro Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, por parte do Estado), nesta quadra da história, fique restrita à proteção contra abusos estatais (aquilo que denominamos de garantismo negativo). (Streck, 2015, p. 200).

> Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do acórdão paradigmático de Cernicchiaro, trabalha apenas com a hipótese — a-histórica e atemporal — do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (Übermassverbot), esquecendo a relevante circunstância de que o Estado — e relembremos aqui Alessandro Baratta — pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros (garantismo positivo), representado pela expressão alemã Untermassverbot (Streck, 2015, p. 202).

O equívoco de Lenio Luiz Streck (2004, p. 5) é afirmar que “o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo”. Nem Luigi Ferrajoli, nem Alessandro Baratta ou qualquer autor garantista comprometido com um sistema de direito penal mínimo compartilham a crença de que o *direito penal* deveria ser examinado a partir de um *garantismo positivo*.

Para Alessandro Baratta (2004), *positivo* seria um garantismo que demandasse do Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais e coletivos, por *todos os ramos do direito*, sendo que o direito penal permaneceria adstrita aos limites da intervenção mínima e subsidiária, mantendo-se o caráter limitador do poder penal.

Conforme afirmam Hamilton Ferraz e Patricia Mothé Glioche Béze (2015, p. 54), o garantismo positivo de que fala Alessandro Baratta "nada tinha de legitimante sobre o poder punitivo; ao contrário, mantinha-se a função de contenção e defesa do direito penal e suas categorias teóricas", uma vez que afirmavam "a proteção de direitos, isto sim, por outros ramos do ordenamento jurídico".

Para compreender o déficit cognitivo de Lenio Luiz Streck, basta consultar a obra de Alessandro Baratta para verificar que o jurista italiano jamais propôs que o direito penal seria capaz de proteger direitos fundamentais. O que o autor propõe como *garantismo positivo* é, em verdade, uma política — não criminal, mas — integral de proteção dos direitos fundamentais, restringindo-se a intervenção penal subsidiariamente a situações extremas e residuais (Baratta, 2004, p. 189).[75]

Em artigo publicado originalmente no ano de 1987, denominado *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Alessandro Baratta (2004, p. 299-334) introduz o conceito de garantismo positivo ao propor que os direitos humanos teriam não apenas a função de limitação, mas também da definição do objeto, possível — *mas não necessário* — da tutela penal.

> El concepto de los derechos humanos asume, en este caso, una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal. (Baratta, 2004, p. 299)

[75] "Cuando sustituyamos la política criminal por una política integral de protección de los derechos, la política del derecho penal podrá, aunque en el modo residual y subsidiario que prescribe la Constitución, ser parte integrante de ella." (Baratta, 2004, p. 189)

Nesse contexto, ampliar a perspectiva garantista para uma dimensão *positiva* não significa ampliar os mecanismos de criminalização, mas assegurar os direitos fundamentais a todos os cidadãos para além do direito penal. Em sua concepção original, garantismo positivo não significa ampliar o poder penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, mas garantir as necessidades básicas relativas à prestação de assistência econômica, social e cultural[76].

Com efeito, Alessandro Baratta desenvolve o tema em artigo originalmente publicado anos depois, em 1998, intitulado *Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social* (2004, p. 168-199). O que o autor propõe é uma "política integral de protección de los derechos fundamentales" e não uma política criminal capaz de proteger a sociedade (Baratta, 2004, p. 190).

Assim, a segurança proposta por Alessandro Baratta (2004, p. 192) não se limita a "una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización". O que o jurista italiano busca proteger com o dever de prestação garantista positivo é uma segurança que corresponda a "la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios".

Em outras palavras, o direito penal não é um instrumento capaz de promover a segurança e a proteção de bens jurídicos, justamente por isso o Estado não deveria limitar sua esfera de atuação a mecanismos penais repressivos (garantismo negativo), mas também atuar na prestação de direitos econômicos, sociais e culturais como forma de assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais (garantismo positivo).

> La relación existente entre garantismo negativo y garantismo positivo equivale a la relación que existe entre la política de derecho penal y la política integral de protección de los derechos. El todo se sirve de cada uno de los elementos que lo

[76] "Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente en sentido negativo, como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino, también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas" (Baratta, 2004, p. 191-192).

> conforman, pero cada uno de estos elementos necesita del todo (Baratta, 2004, p. 192).

No mesmo sentido, a crítica de Elmir Duclerc (2013) revela a falácia do termo garantismo *integral* ou *positivo*, pois "o garantismo, na sua forma original, já seria 'integral', e o reclame em favor de garantias *para* o poder punitivo resultará sempre na sua 'desintegração'". O autor demonstra como esse discurso pretende apenas se valer dos "elementos mais atraentes do modelo garantista para mesclá-lo com traços do defensivismo social". Tais propostas deveriam se assumir autoritárias e jamais se anunciarem hipocritamente como alternativas garantistas.

As versões intituladas "garantistas" que se propõem a imaginar um *garantismo integral, positivo, monocular* ou *hiperbólico* não passam de arremedos teóricos forjados com o propósito de legitimar a expansão do direito penal e a legitimação do poder punitivo contra a liberdade. É impossível estampar o rótulo do *garantismo* em tais conteúdos autoritários, pois "a função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade" (Ferrajoli, 2002, p. 746).

3.5. Normalidade penal: a tradicional curva autoritária do sistema penal brasileiro

> *"Assim, a explicação da justiça penal não reside nos objetivos aparentes, de repressão da criminalidade e controle do crime, mas nos objetivos ocultos do sistema carcerário, de reprodução da criminalidade e reprodução das relações sociais, através do controle diferencial do crime".*
>
> — Juarez Cirino dos Santos[77] —

[77] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

A lógica da escravidão orienta o sistema penal brasileiro desde sua origem. O que ora apontamos como *normalidade penal* é a relação de dominação das classes populares por uma elite interessada em preservar a ordem estabelecida. Essa forma violenta de dominação é naturalizada pela política criminal brasileira, que opera tradicionalmente mediante controle e eliminação de indivíduos imprestáveis ao sistema de produção e concentração de riquezas e privilégios. A normalidade penal histórica da sociedade brasileira é a *criminalização da pobreza*.

Se o direito penal é inevitavelmente um instrumento de controle — com maior ou menor intensidade — em toda e qualquer sociedade, no Brasil os alvos e os mecanismos da criminalização demonstram que o direito penal tem sido manipulado para atualizar continuamente a forma de dominação escravocrata ao longo da história, adaptando o discurso autoritário ao desenvolvimento da complexidade social.

O sujeito dominado pela escravidão passou a ser o sujeito controlado pelo direito penal. Desse modo, a *normalidade penal brasileira* tem sido a constante reedição de formas escravocratas de dominação violenta implementadas pelo Estado pelas classes superiores. Tal qual “o primeiro ato humano do escravo é o crime, desde o atentado contra o seu senhor à fuga do cativeiro” (Gorender, 1980, p. 62-63), a estrutura social representada por casa grande, senzala e capitão do mato apenas se atualizou à complexidade de novos tempos.

De um lado, a casa grande enquanto reduto do senhorio deu origem à forma jurídica de um Estado democrático de direito destinado à população incluída, onde direitos fundamentais e garantias individuais são assegurados de acordo com a conveniência de um pensamento dominado pela elite econômica. Para os *protegidos*, são reservadas instituições que promovem o bem-estar social, educação, saúde, lazer e qualidade de vida.

Em situação diametralmente oposta, a senzala evoluiu para um estado de exceção permanente destinado aos excluídos, onde vige a lógica do combate seletivo à população pobre e marginalizada. Para os *perseguidos*, são reservadas as instituições de segurança pública que promovem a repressão violenta mediante a imposição do medo e do terror.

Por sua vez, a missão outrora atribuída aos capitães do mato, agentes da repressão e castigo aos escravos, foi confiada ao sistema de justiça criminal, notadamente à Polícia Militar[78] — instituição incompatível com um regime democrático — que atua, por um lado, como força de proteção dos interesses (bens jurídicos?) da classe dominante e, de outra parte, como força de ocupação territorial e repressão à população pobre.

Nesse cenário, o modelo de dominação escravocrata foi substituído pela *criminalização da pobreza*. O sistema de justiça criminal estabeleceu duas zonas bem delimitadas nessa *justiça de classe*: um Estado de direito, onde se protegem as classes superiores com as garantias individuais; e um estado permanente de exceção, onde se perseguem os escravos do nosso tempo sem direito de defesa. A figura do *bandido* sempre esteve associada à imagem do escravo.

Nosso primeiro Código Penal de 1830 estabelecia explicitamente a relação de dominação dos senhores em relação aos escravos, adotando causa excludente de ilicitude nas hipóteses de castigos impostos aos escravos por seus senhores[79]. Aos escravos era reservada a pena de açoutes, além do que "depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar" (1830, artigo 60).

Mesmo após a abolição da escravidão, o Código Penal de 1890 manteve a lógica escravocrata ao criminalizar a vadiagem e a prática da capoeira[80], visando à

[78] Para o comandante das Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (Rota), o 1.º Batalhão de Choque da Polícia Militar paulista, os policiais que atuam na região nobre e na periferia da capital paulista adotam formas diferentes de abordagem e contato: "É outra realidade. São pessoas diferentes que transitam por lá. A forma de ele abordar tem de ser diferente. Se ele for abordar uma pessoa da mesma forma que ele for abordar uma pessoa aqui nos Jardins, ele vai ter dificuldade. Ele não vai ser respeitado. [...] Da mesma forma, se eu coloco um da periferia para lidar, falar com a mesma forma, com a mesma linguagem que uma pessoa da periferia fala aqui no Jardins, ele pode estar sendo grosseiro com uma pessoa do Jardins que está ali, andando. [...] O policial tem de se adaptar àquele meio que ele está naquele momento". Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,abordagem-nos-jardins-tem-de-ser-diferente-da-periferia-diz-novo-comandante-da-rota,70001948516>. Acesso em 24 ago. 2018.

[79] Em seu artigo 14, §6º, que "Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: [...] Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres ao seus discípulos; ou d'esse castigo resultar uma vez que a qualidade d'elle não seja contraria ás Leis em vigor"

[80] Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890: "Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes. [...] Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos

manutenção do controle e punição os mesmos alvos, remetendo ao Código Penal francês, de 1810, e ao inglês, de 1824 (Batista, 1990, p. 35).

Portanto, desde o início da Primeira República até os dias atuais a sociedade brasileira manteve suas práticas escravocratas. Embora formalmente o Código Penal de 1890 anunciasse a universalização da lei penal, os crimes tipificados revelam o propósito de dominação das classes populares e imposição do trabalho. Ainda hoje, pune-se como contravenção penal aquele que se entrega habitualmente à ociosidade sem ter renda que lhe assegure meios de subsistência[81].

Na década de 1980, a política criminal de drogas de matriz estadunidense serviu de base para a criminalização e aumento exponencial do encarceramento no Brasil, atingindo a parcela pobre do mercado de drogas, como mostrou largamente Vera Malaguti em suas pesquisas sobre a criminalização da juventude no país (Malaguti, 2003).

Durante a chamada *abertura democrática* que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, as drogas permaneceram como mote de controle, apoiado pela mídia, para a construção de novos estereótipos em torno do uso e venda daquelas substâncias — para os jovens de classe média, atribuía-se um problema médico; para os jovens pobres, a criminalização e necessidade de atendimento, transformando-os em *adolescentes infratores* (Malaguti, 2003, p. 3).

A política de drogas é responsável pelo encarceramento da juventude pobre e negra do país. No contexto de extrema desigualdade social e de oportunidades, enquanto alguns privilegiados estudam para se tornar profissionais de nível superior desejados pelo mercado outros são recrutados como soldados do tráfico, facilitando a seletividade penal que se inicia na elaboração das normas penais orientadas por uma política criminal elitista e transborda nos mecanismos concretos do poder penal, desde a abordagem policial até a execução penal.

---

capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal".

[81] Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941: "Art. 59. Entregar-se alguem habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita"

Assim, se o inimigo de séculos atrás era dominado no contexto de uma relação explicitamente escravocrata, nas últimas décadas é o sistema de justiça criminal quem desempenha a mesma função. Ao proteger os amigos e perseguir os inimigos do poder econômico, a intervenção penal de viés colonialista conserva a identidade de classe oculta sob o discurso da meritocracia, sujeitando o destino da população excluída desde o berço.

O levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen, 2017) descortina a triste realidade brasileira: com 726.712 pessoas privadas de liberdade, o Brasil assumiu o terceiro lugar no ranking dos países que mais prendem no mundo. Como se não bastasse a desonrosa medalha de bronze, face os nossos três concorrentes diretos nesse pódio autoritário (Estados Unidos, China e Rússia) somos o único país cuja população carcerária segue aumentando nos últimos anos.

Segundo os dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, a população prisional brasileira alcançou a marca de 726.712 presos no mês de junho de 2016, isso tudo sem contar as pessoas que se encontram em prisão domiciliar e as monitoradas eletronicamente.

A crueldade não é mensurável estatisticamente, mas dois dados não podem passar despercebidos: a taxa de presos sem condenação supera 40% e a taxa de ocupação nos presídios atingiu 197,4%. No ano de 2002, o país contava um total de 239.345 pessoas presas (condenadas e provisórias); já em 2016, menos de quinze anos depois, o número total de presos mais que triplicou e atingiu a marca de 292.450 apenas de presos sem condenação definitiva. São mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas.

O público alvo do nosso sistema penal é bem definido: jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais. Os dados revelam que 55% dos presos têm até 29 anos, fração que se eleva a 74% se considerarmos os que possuem até 34 anos. No total, 64% são negros. Se considerados apenas a população do sistema penitenciário federal, 73% são negros. Do total de presos, 80% não concluiu o Ensino Médio. Em contrapartida, 0% possui Ensino Superior Completo. Quanto os homens, mais de 70% é acusado por tráfico ou crimes patrimoniais. Já em relação às mulheres, mais de 60% delas são acusadas por tráfico.

É de se destacar que, no terceiro lugar no ranking dos países que mais prendem no mundo, o Brasil supera a Rússia, no degrau imediatamente inferior, em mais de cento e vinte mil detentos[82]. Fosse o Estado de São Paulo um país, ocuparia sozinho o oitavo lugar no ranking mundial[83], com seus mais de duzentos e quarenta mil presidiários.

Em junho de 2018, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP lançaram o Atlas da Violência 2018. Nesse trabalho coordenado por Daniel Cerqueira (2018), a proposta foi a construção e análise de "*inúmeros indicadores para melhor compreender o processo de acentuada violência no país*". Uma das conclusões apresentadas é que os homicídios concentram-se na população jovem e negra do país:

> A conclusão é que a desigualdade racial no Brasil se expressa de modo cristalino no que se refere à violência letal e às políticas de segurança. Os negros, especialmente os homens jovens negros, são o perfil mais frequente do homicídio no Brasil, sendo muito mais vulneráveis à violência do que os jovens não negros. Por sua vez, os negros são também as principais vítimas da ação letal das polícias e o perfil predominante da população prisional do Brasil (Cerqueira, 2018, p. 40).

Aponta-se que, no ano de 2016, ocorreram 62.517 homicídios no Brasil. Considerando todos os óbitos registrados no país, a causa de uma em cada dez mortes foi assassinato. Se considerarmos apenas a faixa etária de 15 a 19 anos, metade das mortes resultou de homicídios.

O racismo também transparece em números: a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%). No período de uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%. No mesmo período, a taxa entre os não negros reduziu 6,8%. Além disso, a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras.

---

[82] Segundo estudo do Word Prison Brief, a Rússia tem uma população prisional de 595.728 detentos, em 01 de maio de 2018. Disponível em <http://www.prisonstudies.org/country/russian-federation> Acesso em 29 jun.2018.

[83] Disponível em <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em 29 jun.2018.

São números assustadores que revelam a seletividade do poder penal. Machado de Assis (1861) denunciou a dicotomia entre um *Brasil oficial* e um *Brasil real*, ainda no século XIX: “Não é desprezo pelo que é nosso, não é desdém pelo meu país. O país real, esse é bom, revela os melhores instintos; mas o país oficial, esse é caricato e burlesco”. Não apenas seguimos com países distintos coexistindo numa mesma roupagem, mas institucionalizamos as diferenças por meio da aplicação do direito penal.

Diante desse cenário, está claro que há muito vivemos em guerra. O combate tem se destinado à eliminação de um inimigo interno: a população jovem, pobre e negra é descartável porque não interessa ao mercado. A essa humanidade subalterna aos interesses das classes superiores, reserva-se o poder penal que executa impunemente e prende cruelmente os excluídos, a pretexto de garantir a segurança pública e a paz social.

O sistema penal é um mecanismo eficaz para implementar a perseguição autoritária anunciada em rótulos democráticos. A essência de instrumento de eliminação e controle social é camuflada pela aparência do discurso de proteção de bens jurídico e garantia da segurança pública.

No início da década de 1980, Juarez Cirino dos Santos apresentou a obra *Criminologia Radical* como tese de doutoramento em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Em meio à repressão da ditadura militar, a proposta metodológica do autor materializava uma forma de resistência democrática a partir da abordagem marxista para compreender o sistema criminal.

Alinhado ao universo metodológico da *criminologia crítica*, a criminologia radical de Juarez Cirino dos Santos visa desenvolver uma teoria sobre crime, desvio e controle social ligada ao desenvolvimento de categorias capazes de interpretar as transformações históricas e as lutas sociais, políticas e ideológicas.

Nesse contexto, a *criminologia radical* surge como “crítica radical da teoria criminológica tradicional, assim como — guardadas as devidas proporções — o marxismo surgiu de uma crítica radical da economia política clássica” (Cirino dos Santos, 2008, p. 2).

Parte-se da hipótese segundo a qual as relações materiais de exploração e as desigualdades econômico-políticas entre as classes sociais constituem determinantes primários do crime, propondo a reavaliação do significado e importância das minorias oprimidas pela condição de classe, raça, sexo ou idade.

A partir da constatação inerente a toda sociedade capitalista no sentido de que a população carcerária é em sua esmagadora maioria extraída da classe trabalhadora, propõe-se um olhar do fenômeno criminal orientado pela infraestrutura do modo de produção capitalista.

O crime é analisado como produto das estruturas econômicas e políticas do capitalismo, mas também como reação violenta que desafia as relações de propriedade existentes. Por trás do discurso criminal oficial e aparente, o controle social das classes trabalhadoras exercido mediante ameaça de prisão revelaria o objetivo oculto de exploração econômica e dominação social.

> Os quadros jurídicos e o aparato judicial têm por missão proteger a 'ordem estabelecida'. Portanto, a justiça é necessariamente um instrumento político que, mesmo independente do poder político, serve para conformar as estruturas econômicas, culturais, sociais e políticas, para protegê-las contra toda tentativa de perturbação e mudança (Versele, 1980, p. 6).

O maior compromisso da criminologia radical é com a abolição dos privilégios de classe, das desigualdades sociais em poder e riqueza, da exploração econômica e da opressão política. Para isso, o primeiro passo é a desmistificação da natureza classista do sistema de controle penal, identificando-se materialmente as forças sociais e os mecanismos institucionais de dominação social orientada aos interesses capitalistas.

Assim, ao propor uma abordagem radical, pretende-se demonstrar que "é essencialmente radical, no sentido de tomar as coisas pela raiz — e, em sociedade, a raiz humana é inseparável da posição de classe" (Cirino dos Santos, 2008, p. 40). Desse modo, o estudo do crime e do controle social parte das relações de produção na sociedade capitalista.

Descortina-se, então, uma *ligação oculta* entre o controle exercido pelo poder penal e as relações de produção capitalistas. O discurso da segurança pública

e proteção ao cidadão seria uma farsa destinada a ocultar o objetivo real de disciplina da força de trabalho.

> A ligação oculta entre controle do crime e relações de produção é o foco de pesquisa da Criminologia Radical: o controle do crime pela ação da polícia, da justiça e da prisão assegura a continuidade (reprodução) do sistema social de produção capitalista. A articulação específica entre a estrutura econômica e da sociedade, definida como o "conjunto das relações de produção", e as formas ideológicas superestruturais jurídicas e políticas do Estado, que instituem e reproduzem aquelas relações de produção, é a base explicativa da contradição entre *aparência* e a *realidade* dos fenômenos sociais: a forma jurídica das relações de produção é, simultaneamente, forma de *reprodução* das relações de produção e de *mistificação* dessas mesmas relações, como representação ilusória ou invertida da realidade (Cirino dos Santos, 2008, p. 41-2).

Nesse passo, uma das conclusões apresentadas pela criminologia radical é a identificação do sistema de justiça criminal como *prática organizada de classe*, caracterizada a partir da "disjunção concreta entre uma *ordem social imaginária*, difundida pela ideologia dominante [...] e uma *ordem social real* caracterizada pela desigualdade e pela opressão de classe" (Cirino dos Santos, 2008, p. 15).

Portanto, deve-se entender a criminalização como reflexo da infraestrutura social. O criminólogo e pesquisador holandês Louk Hulsman, propulsor do abolicionismo penal em fóruns e organizações internacionais, chama atenção para o nascimento e fortalecimento do conceito de crime primeiramente na linguagem, pela produção de consenso em sua apresentação, assimilação (Hulsman, 2004, p. 36).

Haveria uma reconstrução de eventos reais no âmbito do direito penal enquanto *crimes*, praticados por *criminosos* que, na prática, constituem uma pequena parcela dos que estariam envolvidos em fatos que poderiam ser rotulados como tais. Segue-se o isolamento do indivíduo do ambiente real do fato ocorrido e a separação dos envolvidos entre *vítima* e *culpado*.

Assim, cria-se uma interação ilusória entre pessoas fictícias conduzidas a um juízo universal e, consequentemente, há uma perda real em termos do que poderia ser resolvido e convertido em situações que refletissem desejos e retornos proveitosos aos envolvidos. A chamada *cifra negra*, conforme destaca Louk Hulsman (2004),

constitui a diferença existente entre crimes relatados pela polícia e os crimes levados ao tribunal, efetivamente. Distanciando-se da criminologia e do discurso penal, portanto, mostra como a “efetiva criminalização” é um fato bastante raro.

Em contraposição, há o consenso real existente entre pessoas envolvidas diretamente em um ato considerado criminoso (Hulsman, 2004, p. 49), do que decorre que “a criminalização não é uma resposta específica aos eventos, mas sim um modo específico de olhar para os eventos e, assim, de construir os próprios eventos” (Hulsman, 2004, p. 52).

O sistema penal compõe uma linguagem. Trata-se de técnicas ampliadas de controle dos indivíduos e comportamentos tipificados como *criminosos* que extrapolam o encarceramento e as intervenções tradicionais do Estado — mínimo ou máximo —, modulando-se em consonância com os interesses políticos de determinado contexto histórico.

Um *discurso demonizador*, nas palavras de Maria Lúcia Karam (2011), que adota expressões tais como *traficantes, terroristas, ladrões, corruptos*, veiculadas massivamente pela mídia, para apresentar um mal universal a ser enfrentado, que fortalecem e retroalimentam os desejos de punição e retribuição atrelada à prevenção. Nesse sentido, por mais que as penalizações se ampliem por meio de outros instrumentos de controle da população, a pena privativa de liberdade permanece indispensável por sua visibilidade e simbolismo atrelado à exclusão de indivíduos “criminosos” do mercado e do capitalismo (Karam, 2011, p. 84).

Diante do quadro apresentado, procurou-se demonstrar que a *normalidade penal brasileira* foi construída ao longo de séculos de perseguição às classes populares mediante processos de criminalização cujo objetivo tem sido intimidar, controlar, segregar ou mesmo eliminar indivíduos inúteis ou inconvenientes ao sistema de produção e concentração de riquezas e privilégios.

Pode-se identificar que essa normalidade penal distingue duas áreas bem delimitadas na luta de classes contemporânea: (i) uma zona de proteção, caracterizada pelas garantias próprias de um Estado de direito reservado às classes superiores; e (ii) uma zona de exclusão, evidenciada por um estado permanente de exceção para as classes populares.

Ingressamos na década de 2010 com o desafio de *romper* essa normalidade penal histórica. De um lado, a proposta garantista é a tentativa utópica de *universalizar a zona de proteção*, mediante o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais e a ampliação do acesso ao direito de defesa aos excluídos. De outra parte, a proposta autoritária resume-se na tentativa de *universalizar a zona de exclusão*, mediante o recrudescimento das normas penais e a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais com o propósito de ampliar o poder penal. Ambas as propostas são irrealizáveis, pois o direito penal é inevitavelmente seletivo. Todavia, enquanto a primeira inclina-se à limitação do arbítrio, a segunda implica a intensificação do autoritarismo penal.

Qual caminho a sociedade brasileira tem seguido? Um evento emblemático sinalizou os rumos traçados já no início dessa década: no dia 05 de junho de 2013, Luís Roberto Barroso foi sabatinado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado e afirmou que “o Mensalão foi, por muitas razões, um ponto fora da curva, mas não correspondeu a um endurecimento geral do Supremo” (Castro, 2013).

Na visão do então indicado ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, a condenação de políticos e empresários — acrescente-se: em um julgamento espetacularizado e mediante a flexibilização de garantias — representaria um ponto fora da curva, a tradicional e autoritária curva do sistema penal brasileiro outrora circunscrito à perseguição das classes populares.

Os acontecimentos que sucederam desde então demonstram que o dito *ponto fora da curva* era, em verdade, o *ponto inicial de uma nova curva autoritária*. Do projeto constitucional garantista que visa à construção de um direito penal mínimo pela universalização dos direitos e garantias fundamentais, passamos à era da expansão do arbítrio justificado pela eficiência punitivista. A utopia garantista, própria da nossa Constituição Federal, foi atropelada pelo discurso autoritário encenado pelo espetáculo criminal midiático.

Ao invés de ampliarmos direitos segundo uma proposta de *inclusão*, o sistema de justiça brasileiro na contemporaneidade tem promovido a naturalização do autoritarismo segundo uma proposta de *exclusão*. Tão utópico quanto se pensar num garantismo universalmente assegurado, o autoritarismo penal também nunca será

indistintamente generalizado. Ao contrário, os processos de criminalização são inevitavelmente seletivos.

Como resultado, assistimos à ampliação da *zona de exclusão* para grupos outrora protegidos pelas garantias penais, que não pertencem às classes populares, mas representam os seus interesses: políticos, empresários, intelectuais e formadores de opinião não alinhados à racionalidade neoliberal passam a ser tratados com a mesma violência ilegal, ilegítima e inconstitucional tradicionalmente reservada às classes populares.

Diante desse cenário, a criminologia radical nos auxilia a compreender que as funções declaradas do sistema penal não passam de uma ilusão destinada a ocultar as verdadeiras relações de poder através da "moralização da classe trabalhadora", desempenhando a função real de "camuflar a criminalidade dos opressores" (Cirino dos Santos, p. 58).

> Ainda que evidentes, as funções reais da pena não são apresentadas na doutrina tradicional do Direito Penal. Em regra, o estudo da pena é reduzido ao engodo de suas funções declaradas, uma cantilena hipócrita do discurso repressivo repetida pela dogmática conivente, salvo raras e brilhantes exceções (Dieter, 2007, p. 42)

Portanto, as práticas do sistema de justiça criminal na sociedade capitalista revelam-se medidas de exceção, segundo a proposta de Pedro Estevam Serrano, uma vez que se valem de funções declaradas para camuflar o exercício da dominação de classe como função real.

A curva autoritária tradicional que apontamos como *normalidade penal* opera de modo grosseiro e rudimentar por meio da exclusão das classes populares. O processo de *criminalização da pobreza* é a repressão violenta que produz o encarceramento em massa da juventude carente nas zonas periféricas. São medidas de exceção que assumem a forma de legislação criminal mais rigorosa destinado aos crimes patrimoniais e tráfico de drogas, políticas públicas de negação ao direito de defesa a quem não tem recursos suficientes e desvalorização da Defensoria Pública, bem como o direcionamento do poder penal para perseguição de jovens, pobres e negros.

Por outro lado, o surgimento de uma *nova curva autoritária* guiará nosso estudo a partir de agora. Um autoritarismo que opera de modo mais sofisticado, não pela exclusão violenta e explícita, mas pela flexibilização de direitos e garantias a pretexto de pacificar e moralizar a sociedade. O processo de *criminalização da resistência* é a repressão fraudulenta do pensamento crítico à racionalidade neoliberal. São medidas de exceção desempenhadas pelo sistema de justiça, pois situações tratadas de modo idêntico pelo ordenamento normativo são submetidas a interpretações casuísticas para perseguição do inimigo.

Os desafios que enfrentaremos nas linhas que se seguirão reúnem-se na tentativa de compreender os contornos dessa nova curva autoritária, que estendeu a violência penal para um grupo outrora protegido em uma *zona de inclusão garantista* na mesma medida em que intensificou o arbítrio contra as classes populares em sua tradicional *zona de exclusão autoritária*. Como tais práticas reais autoritárias convivem com (e se camuflam no) discurso garantista? É a questão que tentaremos responder pelo estudo do processo penal de exceção.

4. PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO

4.1. Epistemologia do processo penal de exceção: populismo penal e espetáculo processual

> *"El mayor peligro del delito en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra este conduzca las sociedades hacia el totalitarismo".*
> — Nils Christie[84] —

Com âncoras fincadas nas práticas reais do processo penal brasileiro como objeto de estudo em busca de uma (cons)ciência criminal crítica — livre das amarras dogmáticas e contra o isolacionismo da ciência jurídico-penal, tal a proposta de Juarez Tavares (2018) —, nosso olhar mantém-se voltado ao mundo real e concreto a fim de desnudar os atos tirânicos da roupagem institucional aparente: uma tentativa de revelar a essência autoritária diluída na rotina que se declara democrática e garantista do sistema de justiça criminal.

O primeiro passo para compreender a lógica da exceção no âmbito do sistema de justiça criminal é identificar a ascendência de uma visão schmittiana decisionista do Estado como substância anterior e autônoma em relação ao direito. Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 338), no processo penal "estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro". Esse conflito, segundo o qual o processo penal seria o campo de ponderação entre o poder punitivo do Estado e os direitos humanos, só pode ser posto por quem assuma a concepção autoritária de que a decisão política soberana estaria acima da ordem jurídica.

---

[84] CHRISTIE, Nils. La industria del control del delito — "La nueva forma del holocausto"? Buenos Aires, Editores dei Puerto, 1993, p. 24.

Retomando a discussão entre o positivismo jurídico de Hans Kelsen e o decisionismo político de Carl Schmitt[85], vimos que, enquanto o decisionismo schmittiano condiciona a vigência do ordenamento jurídico a uma decisão política soberana sobre a situação de normalidade/exceção, o positivismo jurídico kelseniano resume o Estado ao ordenamento jurídico e o poder à pressuposição de relações normativas estabelecidas pelo Direito. Portanto, se a teoria jurídica positivista identifica uma norma fundamental para fechar o sistema de normas jurídicas fundado na primazia do direito sobre a política, a teoria decisionista se valeria do conceito de soberania para fechar um sistema fundado na primazia da decisão política sobre o direito.

Nesse sentido, só é possível trabalhar a ideia de *colisão* — pressuposto de qualquer técnica de ponderação — entre coisas ontologicamente distintas. Em verdade, o Estado não é uma substância diferente do direito que o institui. Não é o poder soberano que impõe a ordem jurídica, mas o direito constitui a soberania. O positivismo jurídico de Hans Kelsen (1999, p. 200) demonstra a identidade entre o Estado e a ordem jurídica:

> Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supraestadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada.

O ponto de partida do processo penal de exceção é a concepção autoritária schmittiana do poder soberano. Transportada para o âmbito penal, a lógica decisionista institui um suposto conflito entre o poder punitivo do Estado e as garantias individuais. Apelando-se à defesa e moralização da sociedade, os direitos humanos tornam-se obstáculos ao poder penal.

Se no plano jurídico o estado de exceção institui um sistema normativo em que só há uma norma ou regra de competência — *o soberano pode tudo* —, o

[85] Tema abordado no primeiro capítulo da tese, notadamente no item *1.2. O guardião da Constituição*.

processo penal empregado como medida de exceção frauda o complexo sistema constitucional dos direitos fundamentais e garantias individuais a pretexto de interpretá-lo segundo a máxima de que *os aplicadores do direito podem tudo*, inclusive violar a Constituição em nome do clamor popular.

Nesse contexto, se na concepção tradicional schmittiana do estado de exceção todo o poder estaria concentrado na decisão soberana, inclusive a disposição sobre a vida e a morte entre cidadãos e inimigos, no processo penal de exceção são as práticas do sistema de justiça criminal que realizam a distinção concreta entre o cidadão privilegiado e o inimigo a ser eliminado.

A hipótese central desta tese é a de que, no sistema de justiça criminal brasileiro dos nossos tempos, mantém-se o *discurso garantista* como tática de mediação discursiva que envolve as *práticas reais autoritárias*. Manipulada por aplicadores do direito cooptados pelo mercado[86], a forma processual tornou-se um verniz de legitimidade institucional a um sistema penal tirano e submisso à racionalidade neoliberal do mercado.

Conforme apontado por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt na obra *Como as democracia morrem [How democracies die, 2018]*, a erosão da democracia é gradual e na maioria das vezes costuma ter um verniz de legalidade assegurado por atos do Parlamento ou dos Tribunais:

> Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo — e mesmo elogiável —, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional. Para melhor compreender como autocratas eleitos minam sutilmente as instituições, é útil imaginarmos uma partida de futebol. Para consolidar o poder, autoritários potenciais têm de capturar o árbitro, tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário e reescrever as regras do jogo em seu benefício, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra seus oponentes (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 81).

É exatamente este o cenário em que se desenvolve o processo penal de exceção, catalisador do processo de ruína da democracia. A pretexto de nobres

[86] Tema desenvolvido no item *1.3.2. O soberano na contemporaneidade*.

objetivos como combater a corrupção e garantir segurança à sociedade, oculta-se a fraude autoritária.

Tal qual na partida de futebol que ilustra o raciocínio dos autores, manipula-se o processo penal como medida de exceção destinada a "capturar o árbitro, tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário e reescrever as regras do jogo em seu benefício, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra seus oponentes" (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 81). Mas, afinal, como o veneno é anunciado como remédio da democracia?

Vimos que o termo garantismo é a forma pela qual Luigi Ferrajoli (2002) expressa a construção de um *modelo ideal* de Estado de Direito, uma tese ideológica que propõe a construção de um sistema de garantias contra o exercício arbitrário do poder estatal. Por outro lado, o que identificamos como processo penal de exceção é um *modelo crítico* das práticas reais do sistema de justiça criminal, uma tese materialista que se propõe a desconstruir o jogo de aparências do espetáculo penal.

Se o *garantismo* pretende fundar uma ideologia, zelar pela alma e conceber o espírito de um sistema ideal de direito penal mínimo, o *processo penal de exceção* se interessa por descortinar a realidade, desmontar o corpo e implodir as relações materiais de um sistema concreto de direito penal máximo destinado a eliminar os inimigos do verdadeiro poder soberano, que frauda a Constituição e a vontade popular.

Sem refutar a importância do garantismo como modelo ideal e utópico — pois, conforme Eduardo Galeano, precisamos caminhar —, a nossa proposta é pela construção de uma *teoria crítica do processo penal* que dê primazia ao mundo real e concreto, destinada a revelar as práticas reais autoritárias diluídas no discurso institucional democrático e garantista do sistema de justiça brasileiro contemporâneo.

Enquanto a epistemologia do garantismo penal seria caracterizada pelo binômio *convencionalismo penal – cognitivismo processual* e a epistemologia inquisitiva ou antigarantista trabalharia com o seu avesso representado pelo binômio *substancialismo penal – decisionismo processual*, a relação que propomos para compreender o sistema de justiça criminal brasileiro na contemporaneidade é que a

epistemologia do processo penal de exceção sustenta-se no binômio *populismo penal – espetáculo processual*.

Logicamente, ao pensar o garantismo como modelo ideal — nunca inteiramente alcançável —, Luigi Ferrajoli admite desde o início a existência de desvios inquisitivos e disfunções sistêmicas concretas à epistemologia garantista, que em todo caso não invalidariam seus postulados como critério de valoração e correção do sistema de justiça.

Todavia, a realidade brasileira tem revelado uma situação complexa, caracterizada não apenas por meras disfunções ou desvios produtores de injustiças ocasionais, mas cuja essência é tomada por uma patologia democrática que esvazia de sentido a Constituição Federal e, consequentemente, o modelo garantista por ela contemplado[87].

Essa patologia sistêmica é estruturalmente complexa porque não se revela como modelo declaradamente autoritário, não assume a forma de legislação ou práticas judiciais explicitamente inquisitivas. *Não há um regime jurídico especial para os inimigos públicos*, que são combatidos segundo a aplicação diferenciada das mesmas regras declaradas universais.

Desse modo, os atos produzidos como medidas de exceção declararam-se *novas interpretações ou flexibilizações de direitos e garantias* para situações específicas e extraordinárias, ao argumento de promover a segurança pública ou readequar a atividade do sistema de justiça a novas formas de criminalidade — crime organizado, corrupção, terrorismo, tráfico de drogas etc. —, mas concretamente realizam *violam direitos e garantias* numa fraude que anuncia formalmente aplicar a Constituição Federal.

---

[87] Nossa proposta segue a linha metodológica de Luigi Ferrajoli, que reconhece a existência de diversas formas de sistema penal entre os dois extremos representados pela epistemologia garantista e pela epistemologia inquisitiva: “A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade. Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade. Entre estes dois extremos, como demonstrarei no próximo capítulo, se situam em distintas formas os diversos sistemas penais positivos e, em cada sistema, os subsistemas representados pelos diversos níveis e setores normativos nos quais pode ser diferenciado” (Ferrajoli, 2002, p. 38-9).

As práticas do processo penal de exceção disfarçam-se na atividade hermenêutica dos agentes do sistema de justiça criminal, mas na realidade são fruto da manipulação do aparato judicial pelo discurso midiático hegemônico visando à ocultação de práticas autoritárias que esvaziam de sentido as normas constitucionais e atentam contra a soberania popular, já que interessam apenas aos detentores do poder econômico.

Nesse sentido, destaca-se a avaliação de Pedro Estevam Serrano (2015, p. 138) sobre a dinâmica de tais medidas de exceção levadas a efeito pelo sistema de justiça:

> [...] enquanto nos países do denominado “primeiro mundo” tem chamado a atenção medidas de cunho legislativo, como as leis antiterrorismo (Patriot Act, nos EUA), por exemplo, aqui na América Latina tem se observado medidas de cunho jurisdicional, por meio do chamado ativismo judicial.

A forma mais cruel dessas medidas de exceção no Brasil são os processos penais de exceção. O processo penal de exceção camufla o conteúdo autoritário numa maquiagem institucional. Trata-se, na realidade, de um *antiprocesso*. É a forma jurídica da luta de classes na era da pós-verdade, que opera por meio da violação dos direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população (e de seus representantes simbólicos) com verniz hipócrita de institucionalidade, fruto da manipulação do sistema de justiça criminal (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e mídia) para atender aos interesses do mercado contra seus verdadeiros inimigos: o pobre, marginalizado, oprimido e seus representantes políticos.

Nesse contexto, dialogando com as categorias propostas pela teoria garantista de Luigi Ferrajoli[88], exsurge o fenômeno que apresentamos como

[88] Inicialmente, tratamos dos dois elementos constitutivos da epistemologia garantista segundo Luigi Ferrajoli (2002): convencionalismo penal e cognitivismo processual. O primeiro elemento estabeleceria como premissa a definição legislativa do delito, enquanto o segundo exigiria a comprovação jurisdicional do desvio punível. Na sequência, apresentamos os dois elementos constitutivos da epistemologia inquisitiva ou antigarantista também identificados por Luigi Ferrajoli (2002): substancialismo penal e decisionismo processual. O primeiro elemento resume-se à negação da garantia da estrita legalidade, enquanto o segundo seria a consagração de juízos subjetivos e discricionários alcançada pela confusão entre direito e moral.

epistemologia da exceção para caracterizar o processo penal brasileiro que tem se desenvolvido na década de 2010.

Assim, a tese proposta para caracterizar essa epistemologia da exceção é a de que o processo penal brasileiro contemporâneo oculta a essência inquisitiva numa aparência garantista, a partir de uma estrutura que envolveria dois elementos: *populismo penal* e *espetáculo processual*.

Inicialmente, o (i) *populismo penal* significa uma mudança de paradigma da legalidade no direito penal. Viola-se a Constituição Federal e as leis penais em atos essencialmente substancialista, porém o discurso convencionalista é de mera *flexibilização ou reinterpretação* das normas postas para situações específicas, mediante um processo hermenêutico orientado (não mais por critérios jurídicos, mas) por convicções e critérios morais direcionados pela indústria da comunicação que avoca o monopólio da opinião pública pela opinião publicada segundo as preferências do poder econômico.

Nesse sentido, o discurso penal populista provoca o abandono da lei em prol do *combate ao crime*. A proposta rompe com a legalidade — direitos fundamentais e garantias individuais são encarados como obstáculos para um processo penal eficiente —, identificando num roteiro maniqueísta heróis e vilões pelo processo de *aclamação* social. Se as eleições próprias de uma democracia representativa estão cada vez mais desacreditadas, busca-se solução em personagens e estamentos aclamados pela opinião pública(da).

Por consequência, o abandono ardiloso da legalidade é encenado em um (ii) *espetáculo processual*. A jurisdicionalidade é fraudada pelo processo penal de exceção mediante procedimentos que se aproveitam da estrutura formal do sistema de justiça para ocultar os verdadeiros propósitos das perseguições políticas e econômicas destinadas a eliminar o inimigo.

> No direito penal a imunidade do cidadão contra intervenções arbitrárias, que é o específico direito fundamental sob o qual se reduz a sua legitimação substancial, é garantia precisamente pela estrita legalidade, isto é, pela sujeição do juiz apenas à lei, que ao mesmo tempo assegura a máxima legitimação formal; e isso deriva, como mostrei no parágrafo 37.5, do nexo existente a entre a verdade processual, condicionada à estrita legalidade

> ou enumeração exaustiva dos casos específicos, e a liberdade do inocente contra o arbítrio. (Ferrajoli, 2002, p. 735)

As medidas de exceção não suspendem formalmente a lei de forma genérica tal qual o estado de exceção estudado e vivido no século XX, mas esvaziam de sentido os direitos fundamentais e garantias individuais a pretexto de reinterpretá-los ou relativizá-los diante de uma situação extraordinária. Para que isso seja possível, é preciso fabricar tais situações extraordinárias pelo espetáculo processual concebido pela opinião pública(da) da pós-verdade.

O roteiro desse espetáculo é encomendado pelos financiadores e beneficiários das produções midiáticas. Há dois processos que atuam paralelamente e se retroalimentam nessa espetacularização penal: de um lado, o desejo de audiência é manipulado por um discurso publicitário encarregado de difundir o medo e alimentar o fascínio gerado pela violência numa sociedade com tendência fortemente autoritária[89]; de outra parte, as mercadorias produzidas e comercializadas pelos veículos midiáticos atendem a esse desejo de audiência respondendo à insegurança com o fortalecimento do poder penal e a banalização da crueldade e do ódio.

Enquanto o cognitivismo processual garantista pressupõe a reconstrução de uma *verdade processual* produzida conforme as normas jurídicas previstas na Constituição Federal, o espetáculo processual frauda a estrita jurisdicionalidade num processo penal orientado por *valores morais*. Da apuração objetiva de fatos concretos, passa-se à valoração subjetiva de personalidades.

Ao invés de aplicar as normas elaboradas pelo poder constituinte e pelo poder legislativo, o sistema de justiça criminal se declara intérprete dos anseios sociais; ao invés de analisar o acervo probatório produzido durante o processo, os

[89] "Com base em pesquisa encomendada ao instituto Datafolha, a medição indica que, numa escala de zero a dez, a sociedade brasileira atinge o elevado índice de 8,1 na propensão a endossar posições autoritárias". GONÇALVES, Marcos Augusto. *Tendência para o autoritarismo é alta no Brasil, diz estudo*. Folha de São Paulo, 06 out.2017. Disponível em < https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924781-tendencia-para-o-autoritarismo-e-alta-no-brasil-diz-estudo.shtml> Acesso em 22 jun.2018.

julgadores apelam às *vísceras comunitárias* para justificar suas convicções e preconceitos.

> Os próprios atores do Sistema de Justiça Criminal não aceitam a existência de limites ao exercício do poder penal. No Estado Pós-Democrático, os atores jurídicos (ministros, procuradores, juízes, promotores, policiais etc.) estão dominados pelo verbo modal 'poder' (Casara, 2017, p. 95)

Como resultado, temos um sistema penal que responde (não mais a normas jurídicas, mas) a expectativas morais da sociedade, orientado (não mais pela reconstrução judicial de fatos, mas) por uma lógica utilitarista e pragmática, legitimado (não mais pelos comandos constitucionais, mas) pela repercussão midiática dos casos em apuração.

Assim, as decisões no processo penal deixam de operar segundo uma avaliação de licitude/ilicitude de condutas para responder a uma lógica de conformidade/não conformidade ao clamor popular da opinião pública(da), encenados em um espetáculo promovido pelos meios de comunicação de massa.

O símbolo mais emblemático do processo penal de exceção brasileiro foi a assim chamada *relativização ou reinterpretação do princípio constitucional da presunção de inocência*. Em total afronta à literalidade da Constituição Federal brasileira[90], o Supremo Tribunal Federal decidiu limitar o alcance da presunção de não culpabilidade do trânsito em julgado (estabelecido na norma escrita) para a decisão condenatória de segunda instância.

Conforme afirmou o Ministro Celso de Mello em voto proferido em Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal (Supremo Tribunal Federal, 05 de outubro de 2016):

> Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?

[90] "Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

A violação da garantia constitucional da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal ilustra à perfeição o modo pelo qual o processo penal brasileiro assumiu na contemporaneidade o caráter de medida de exceção por basicamente quatro razões.

Em primeiro lugar, o *agente* que conduz esse processo penal de exceção é o órgão máximo do sistema de justiça. A partir do momento em que aquele que deveria ser o guardião da Constituição Federal viola direitos e garantias fundamentais impunemente, instaura-se uma crise do paradigma constitucional capaz de legitimar as mais variadas arbitrariedades por todos os agentes responsáveis pela persecução penal.

Em segundo lugar, a *forma* pela qual o texto constitucional é violado mediante o anúncio de relativizações ou reinterpretações em nome da "eficiência" do direito penal, do "prestígio da justiça"[91] e do "combate à impunidade"[92], em consonância não mais com as normas postas pela Constituição Federal, mas com referência ao direito estrangeiro[93], ao "sentimento social de eficácia da lei penal"[94] e à voz das ruas[95]. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal legitima condutas discricionárias dos agentes do sistema de justiça.

> Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo — único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal —, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o

[91] "Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade" (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).
[92] "Em suma: o que o Ministro Teori está propondo, e com adesão do Ministro Fachin, agora com a minha adesão, é a de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade" (STF, HC 126.292 – Transcrição do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso).
[93] "Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ28/10/2005), "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema" (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Relator Teori Zavascki).
[94] "Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal" (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).
[95] "[...] o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade" (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).

> julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (STF, HC 126.292).

Em terceiro lugar, o *modo* pelo qual o processo penal de exceção atua seletivamente na perseguição de uns e proteção de outros. Ao decidir que "a prisão [após esgotada a segunda instância] seria uma possibilidade jurídica, não uma obrigação" (STF, HC 152.752), o Supremo Tribunal Federal admite ampla discricionariedade dos agentes responsáveis pela persecução penal, na medida em que se franqueia a "possibilidade jurídica" — não a obrigação indistinta, mas a faculdade seletiva — de violar o texto constitucional.

Em quarto lugar, os *alvos* do processo penal de exceção ficaram muito claros no julgamento que reformou a Constituição Federal para redimensionar negativamente o alcance da presunção de inocência. Diante do reconhecimento de que os excluídos são as tradicionais vítimas da normalidade penal brasileira, propõe-se a punição antecipada como medida para "diminuir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro"[96].

Ou seja, ao invés de assegurar a universalização das garantias constitucionais e o respeito ao direito de defesa de todos os cidadãos por meio de medidas tais como o fortalecimento das Defensorias Públicas e a redução da extrema desigualdade de oportunidades, o Supremo Tribunal Federal admitiu como remédio jurídico a expansão da crueldade penal aos outrora protegidos por garantias constitucionais.

Com efeito, a garantia constitucional da presunção de inocência tem sido violada — não apenas explicitamente na imposição de penas antes do trânsito em

---

[96] "Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infindável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento" (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).

julgado das condenações, mas — cotidianamente nas práticas reais do sistema penal brasileiro pela banalização das prisões preventivas arbitrárias, pela inversão concreta do ônus da prova, por condenações baseadas exclusivamente na palavra de policiais militares ou delatores, por conduções coercitivas reconhecidamente ilegais, pela divulgação de conteúdos processuais sigilosos, pela violação das prerrogativas dos advogados, dentre tantas outras medidas autoritárias encenadas no espetáculo penal.

Se a *normalidade penal brasileira* pode ser apontada como a tradicional perseguição seletiva da pobreza, duas propostas se apresentaram como utopias para construção de um novo normal: (i) a *universalização das garantias* por meio da *inclusão* no ambiente dos direitos humanos dos grupos mais vulneráveis e tradicionalmente vitimados pelos arbítrios do poder penal ou (ii) a *universalização do arbítrio* mediante a *exclusão* da tutela dos direitos humanos daqueles grupos anteriormente inserido efetivamente no sistema jurídico.

A escolha do Supremo Tribunal Federal, replicada por todo sistema de justiça brasileiro, tem sido por um modelo de direito penal máximo sustentado pela ilusão de que o processo penal seria um instrumento de segurança pública e pacificação social. Fazer justiça seria sinônimo de universalizar a crueldade, reprimindo severamente todos os desvios ao invés de estender a todos as mesmas garantias. Nesse ponto, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso é muito didático:

> Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. (STF, HC 126.292).

Todavia, a repressão criminal dirigida a uma parcela das lideranças políticas e determinados certos grupos empresariais brasileiros é apenas um truque, uma cortina de fumaça destinada a iludir as massas.

O processo de criminalização implica inevitavelmente a existência de uma zona de proteção e uma zona de perseguição. Ao anunciar a *universalização da intervenção penal*, o sistema de justiça promove apenas a exclusão de alguns grupos

tradicionalmente privilegiados da zona de proteção, que se limita a acolher apenas aqueles que interessam ao mercado.

A expansão dos alvos do sistema penal produz dois efeitos nefastos à sociedade: de um lado, oculta-se a proteção de grupos políticos alinhados à racionalidade neoliberal e das corporações internacionais que dominam o mercado; de outro, intensifica o autoritarismo penal e a violência estatal contra as classes populares tradicionalmente atingidas pela normalidade penal.

Portanto, a partir do binômio *populismo penal – espetáculo processual* se dá a manipulação do processo penal como arma de guerra na luta de classes na contemporaneidade. É de se ressaltar ser da própria natureza do direito penal a dominação de classe. Já em 1924 afirmou Evgeni Bronislávovich Pachukanis (1988, p. 126) que "a jurisdição penal não é somente uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas também uma arma imediata na luta de classes".

Ocorre, prossegue Evgeni Bronislávovich Pachukanis (1988, p. 126), que "quanto mais aguda e encarniçada se torna essa luta, tanto mais a dominação de classe encontra dificuldade em se efetivar no interior da forma jurídica." Para o autor, o que ocorreria então nessa situação limite?

> Neste caso, o tribunal "imparcial" é rechaçado, com as suas garantias jurídicas, é rechaçado, e toma frente uma organização direta da violência de classe, cujas ações são conduzidas unicamente por considerações de oportunidade política (Pachukanis, 1988, p. 126).

É exatamente o que tem ocorrido no Brasil contemporâneo. As práticas neoliberais elevaram os níveis de concentração de renda e desigualdade social a patamares insustentáveis[97], que reclamaram a intensificação radical dos mecanismos violentos de repressão estatal. Desse modo, os direitos fundamentais e garantias

[97] "Jorge Paulo Lemann (AB Inbev), Joseph Safra (Banco Safra), Marcel Hermmann Telles (AB Inbev), Carlos Alberto Sicupira (AB Inbev), Eduardo Saverin (Facebook) e Ermirio Pereira de Moraes (Grupo Votorantim) são as seis pessoas mais ricas do Brasil. Eles concentram, juntos, a mesma riqueza que os 100 milhões mais pobres do país, ou seja, a metade da população brasileira (207,7 milhões). Estes seis bilionários, se gastassem um milhão de reais por dia, juntos, levariam 36 anos para esgotar o equivalente ao seu patrimônio. Foi o que revelou um estudo sobre desigualdade social realizado pela Oxfam". ROSSI, Marina. *Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre*. El país, 25 set.2017. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html> Acesso em 22 jun.2018.

individuais passam a ser encarados como obstáculos transponíveis à eficiência punitiva de um Estado a serviço do mercado.

Para cada Luiz Inácio, centenas de milhares de Rafaéis Braga[98]. O projeto constitucional de redução das desigualdades sociais e eliminação da miséria foi substituído por uma farsa anunciada como guerra ao crime, violando-se os limites normativos em prol de uma intervenção penal legitimada pelo discurso midiático a serviço do poder econômico. A manipulação fraudulenta do processo penal brasileiro tornou-se arma de guerra na luta de classes contemporânea.

4.2. Exceção penal: uma nova curva autoritária na década de 2010

> *"No Estado de Direito, os militares não têm por função o controle dos comportamentos e da vida. Quem tem é o sistema de Justiça, que envolve o Judiciário, o Ministério Público, as polícias e a advocacia. Na América Latina, é esse sistema de Justiça o principal agente da exceção. No*

[98] "Rafael Braga, único brasileiro condenado pelos protestos de junho de 2013 – por portar um frasco de desinfetante Pinho Sol –, recebeu agora uma condenação por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Em sentença publicada no dia 20, o juiz Ricardo Coronha Pinheiro, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, condenou o ex-catador de latas a 11 anos e três meses de prisão e ao pagamento de multa de 1.687 reais. A Braga foi atribuído o porte de 0,6 grama de maconha, 9,3 gramas de cocaína e um rojão. Desde seu primeiro depoimento em uma delegacia no Rio de Janeiro, o ex-catador afirma que tal material não lhe pertencia. Ele conta que, naquele 12 de janeiro de 2016, caminhava em direção à padaria para comprar pão quando foi abordado por policiais da UPP (Unidade de Polícia Pacificadora) da comunidade Vila Cruzeiro, na Penha. Braga cumpria sua pena pelo episódio de 2013 em regime aberto, com tornozeleira eletrônica. Ele afirma que, após ser revistado, os PMs ameaçaram jogar drogas em sua "conta". A defesa sustenta, ainda, que ele foi torturado e ameaçado de estupro. Segundo informações da Ponte Jornalismo, o juiz se recusou a ouvir uma testemunha arrolada pela defesa. Os únicos depoimentos considerados foram dados por policiais. Para a socióloga Nathalia Oliveira, coordenadora da Iniciativa Negra por Uma Nova Política sobre Drogas (INNPD), a Lei de Drogas brasileira é um instrumento de controle social das periferias. "As pessoas são condenadas pelo CEP de onde moram, pela cor da pele e pelo testemunho do policial", diz. "Basta a cena: sujeito periférico, de cor preta. Se a polícia disser que ele é traficante com base em um objeto forjado, essa tese será facilmente aceita pela Justiça. É uma lei que dá muita liberdade para o policial e para o juiz." C"(Caso Rafael Braga: "A Justiça reforça a segregação racial no Brasil". Carta Capital, 26 abri.2017. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/caso-rafael-braga-justica-reforca-a-segregacao-racial-no-brasil>. Acesso em 09 jul.2018).

passado, procuraram os militares. Hoje, procuram os juízes, promotores e delegados".
— Pedro Estevam Serrano[99] —

A década de 2010 assistiu à reconfiguração da normalidade penal brasileira. Contemporaneamente, o espetáculo criminal anuncia que o inimigo é outro: políticos, empresários, intelectuais, comunicadores, membros do próprio sistema de justiça etc. O combate à corrupção, ao crime organizado e à impunidade alimentam uma ilusão penal que profetiza segurança e moralização da sociedade. Além de acentuar a criminalização da pobreza, a nova curva autoritária inaugura um processo de *criminalização da resistência* à racionalidade neoliberal.

Se o direito penal é inevitavelmente seletivo e manipulado pelos donos do poder, as práticas reais revelam que os alvos do sistema de justiça criminal foram ampliados, mas o inimigo permanece o mesmo. De um lado, intensifica-se a *criminalização da pobreza*. De outro, promove-se a *criminalização da resistência*, direcionada especialmente aos adversários políticos, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes, advocacia combativa, servidores que permanecem leais à Constituição e setores estratégicos da economia nacional inconvenientes à lógica do mercado.

Do *Mensalão* à *Operação Lava Jato*, assistimos não apenas à ascensão do sistema de justiça como ator protagonista no cenário político (judicialização da política), mas vivemos uma época de imposição da subjetividade dos aplicadores do direito por meio de atos que fraudam as normas constitucionais a pretexto de interpretá-las (politização da justiça).

Se a expansão das matérias submetidas ao sistema de justiça pode ser apontada como fruto da *judicialização da política*, remetendo-nos a uma sociedade em que a justiça intervém em todos os aspectos da vida comum, o fenômeno que

[99] Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2016/08/25/no-passado-procuraram-os-militares-hoje-os-juizes-afirma-jurista/>

mais afeta o poder penal é a *politização da justiça*: ao abandonarmos os limites constitucionais, toda norma passa a ser aplicada como mero "ato de vontade", sujeita à atividade criativa pautada em valores exclusivamente morais dos aplicadores do direito, a ponto de contrariar o próprio texto legal em situações extremas, num processo de esvaziamento de sentido da Constituição Federal.

O ponto fora da curva apontado pelo Ministro Luís Roberto Barroso[100] deu origem a um novo arco autoritário que traçou os contornos do atual *espetáculo penal midiático*, encenado para naturalizar a *relativização dos direitos fundamentais e garantias individuais* de determinados grupos, satisfazendo a opinião pública(da) na mesma proporção em que viola as normas constitucionais.

Nesse contexto, o ponto apontado como início da nova[101] curva autoritária chama-se Ação Penal 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal e ficou conhecida como *Mensalão*. Embora o propósito desse trabalho não seja discutir as particularidades de casos concretos, o estudo do processo penal de exceção na década de 2010 nos impõe ao menos a tarefa de identificar as peças que foram se juntando para construir as práticas autoritárias contemporâneas.

Retomando a metáfora de Luís Roberto Barroso — para quem o julgamento da Ação Penal 470 teria sido "um ponto fora da curva" (Castro, 2013) — a hipótese ora proposta é que não foi apenas um ponto, mas o início de uma nova curva autoritária adequada aos novos tempos.

Fora da curva constitucional onde os direitos e garantias fundamentais ainda eram respeitados (ao menos a quem conseguia o *privilégio* de contar com uma defesa qualificada capaz de trazer as questões ao âmbito do Supremo Tribunal Federal), deu-se início a um novo arco histórico autoritário: o julgamento do *Mensalão* foi o primeiro passo do processo penal de exceção, segundo o qual o sistema de

[100] Retomando o que afirmamos linhas acima, durante sabatina na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Luís Roberto Barroso afirmou que "o Mensalão foi, por muitas razões, um ponto fora da curva, mas não correspondeu a um endurecimento geral do Supremo" (Castro, 2013).

[101] Diz-se "nova" porque a tradicional curva autoritária de criminalização das classes populares foi, desde sempre, naturalizada pela política criminal brasileira, razão pela qual tem sido tratada nessa tese com *normalidade penal*.

justiça criminal passou a ser manipulado de acordo com conveniências políticas, seletivamente direcionadas pelo poder econômico e pelo sistema midiático.

No ano de 2012, a figura de Joaquim Barbosa (relator da Ação Penal 470) inaugurou um novo arquétipo de magistrado: o juiz super-herói justiceiro, que figura em capas de jornais e revistas, recebe homenagens de agências do poder econômico e da grande mídia, abandona a prudência e a discrição em absoluta dissonância à imparcialidade exigida pelo cargo.

Inaugurou-se a era dos julgamentos criminais políticos e espetacularizados, nos quais é possível violar — declarando-se *relativizar* ou *reinterpretar* — direitos fundamentais e garantias individuais para atender ao clamor popular alimentado pela opinião pública(da).

À época, duas características indissociavelmente ligadas marcaram essa mudança de paradigma da legalidade objetiva para o discurso moralista subjetivo, em sessões transmitidas em rede nacional: (i) a aplicação deturpada da teoria do domínio do fato e (ii) a responsabilização penal da omissão enquanto dever de impedir o resultado.

Em primeiro lugar, a teoria do domínio do fato foi aplicada de modo deturpado para ampliar as hipóteses de autoria e viabilizar a imputação de responsabilidades criminais a situações não alcançadas pela lei penal. Originalmente, essa teoria nunca se prestou à imputação do crime a alguém, mas apenas para distinguir entre autoria e participação em um crime.

A teoria do domínio do fato é uma teoria *diferenciadora e restritiva* do conceito de autor. Nas palavras de Alaor Leite (2014, p. 57):

> Ela é diferenciadora, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediato e mediato, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é restritiva, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte

> especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade. ([102])

O próprio Claus Roxin (2012), principal autor responsável pelo desenvolvimento da teoria do domínio do fato no direito penal, declarou que não se pode utilizar esta teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica, já que "o mero ter que saber não basta", sendo necessário demonstrar a efetiva e concreta ordem na escala de comando.

Justificando a aplicação da teoria do domínio do fato, porém, a ministra Rosa Weber comparou os "crimes empresariais" do julgamento da Ação Penal 470 a *crimes de guerra*, ampliando a responsabilidade penal para alcançar cargos ao invés de condutas:

> Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que pode evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. (STF, 2013, p. 52776).

Além de equivocado dogmaticamente, tratou-se de precedente com potencial destrutivo em um terreno fértil para arbitrariedades. Como observado na ocasião do julgamento pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

> O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como

[102] DOMÍNIO DO FATO, DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL POR FATOS DE TERCEIROS. SOBRE OS CONCEITOS DE AUTOR E PARTÍCIPE NA APN 470 DO STF - Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 106/2014 | p. 47 - 90 | Jan - Mar / 2014 DTR\2014\303

> disse o Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina. É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada? (STF, 2013, p. 56816-7).

Na mesma esteira, Pierpaolo Cruz Bottini (2013b) registrou à época sua preocupação no sentido de que a teoria do domínio do fato nos moldes apresentados pelo Supremo Tribunal Federal fosse "usada em situações outras, por operadores do Direito menos cautelosos do que o Supremo, e enseje um perigoso flerte da jurisprudência penal com a responsabilidade objetiva".

De fato, o julgamento do chamado *Mensalão* fixou as bases para o endurecimento generalizado em relação às questões criminais seletivamente colocadas em pauta pelo sistema de justiça. Como previsto pelo Ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2013, p. 56816-7) e por Pierpaolo Cruz Bottini (2013b), ao não se delimitar hipóteses em que a teoria pode e deve ser utilizada, franqueou-se campo fértil à manipulação arbitrária para extensão da responsabilidade criminal a partir de uma teoria estruturada em valores e propósitos diametralmente opostos.

Em segundo lugar e como consequência direta da aplicação deturpada da teoria do domínio do fato, procedeu-se à ampliação ilegal e equivocada de relevância penal à omissão enquanto dever de impedir o resultado nos crimes apurados na Ação Penal 470.

Conforme destacado por Alaor Leite (2013a), a argumentação gravita em torno do cargo ou posição hierárquica que o agente ocupava e se devia saber ou não de determinado fato. "Esse tipo de imputação deixa transparecer uma estrutura de omissão imprópria. A pessoa estava na posição de garantidora e deveria impedir o cometimento de delitos pelo escalão inferior".

Em outras palavras, muitos dos réus foram punidos tão somente por exercerem cargos de chefia ou liderança, posições hierárquicas que supostamente implicariam dever de impedir determinados resultados que, uma vez verificados, configurariam crimes passíveis de imputação aos tais chefes ou líderes identificados exclusivamente pela posição hierárquica do cargo ocupado.

Trata-se de aplicação totalmente equivocada da teoria em questão, nas palavras de Luís Greco e Alaor Leite (2013):

> [...] nada tem a ver com a ideia de domínio do fato; o que se está fazendo, a rigor, é confundi-la com a omissão. O domínio do fato, como dito (supra 3.), se refere aos delitos de domínio, isto é, a delitos comissivos. Só quem age positivamente tem algo nas mãos, que pode dominar. Os delitos de omissão não são delitos de domínio, a eles não se aplica o critério do domínio do fato.

Para Rubens R.R. Casara (2017, p. 192), "o Mensalão foi a resposta possível da elite brasileira à vitória eleitoral do Partido dos Trabalhadores". O discurso de moralização da vida político-partidária jamais correspondeu à realidade, "longe de revelar o que representou a AP 470 no movimento de superação do Estado Democrático de Direito no Brasil."

Portanto, a nova curva autoritária teve seu início no julgamento do assim chamado *Mensalão* e se fortaleceu pela repercussão e pressão midiática, flexibilizando regras fundamentais de imputação do direito penal. Desde então, encontrou céu de brigadeiro para alçar novos e longos voos conduzidos pelo autoritarismo latente das engrenagens do sistema de justiça, manipulado por interesses políticos e econômicos que dominam o sistema midiático.

O passo seguinte na escalada do processo penal de exceção dessa década ocorreu em meados de 2013, diante da sequência de manifestações e reivindicações difusas que tomaram as ruas de todo país. O mercado se apropriou da onda repentina e ainda misteriosa de insatisfação popular[103] para implementar as bases que possibilitaram o desenvolvimento pleno da exceção por meio do processo penal.

Talvez ainda não tenhamos nos dado conta da dimensão das chamadas *jornadas de junho* na trajetória política do país e o futuro se encarregará dos devidos registros históricos, porém os tribunais têm demonstrado — dia após dia — a nefasta influência das medidas instituídas no processo penal a partir da apropriação do

[103] "É indiscutível que a compreensão da situação brasileira atual passa pelo entendimento sobre o que, de fato, aconteceu em 2013. Em março de 2013 a aprovação de Dilma era de 79%, em junho era de pouco mais de 30%. Saliente-se que em 2013 não houve deterioração efetiva de nenhuma variável econômica". (HORTA, Fernando. 2013: as selfies revolucionárias horizontais e apolíticas. *Jornal GGN*, 30 mai. 2017. Disponível em <https://jornalggn.com.br/blog/blogfernando/2013-as-selfies-revolucionarias-horizontais-e-apoliticas-por-fernando-horta> Acesso em 30 jun. 2018).

movimento por propósitos desvirtuados de sua origem, enterrando — pá sobre pá, ilegalidade sobre ilegalidade — o que restava do Estado de Direito.

Ao incidir sobre o prisma do direito penal, as luzes policromáticas das mais difusas reivindicações propostas ao longo de junho de 2013 foram polarizadas em uma bandeira da qual ninguém discorda — cujo mote, porém, pode camuflar as reais intenções daqueles que se apropriaram do seu legado —, qual seja: o *combate à corrupção*.

Nesse ponto, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p.63-4) descreve como corrupção e crime organizado são rótulos eficazes para ocultar os verdadeiros propósitos da intervenção penal:

> tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incomoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais.

A anunciada luta contra a corrupção e o crime organizada pressupõe naturalmente a existência de um *combatente* (agentes da justiça) e de um *inimigo* (rotulado como corruptos). Não bastasse o apelo ao maniqueísmo tradicionalmente legitimador de regimes de exceção, destaca-se o paradoxo que exsurge das constantes propostas dos *combatentes* em corromper as regras do jogo, conduta subversiva à própria coerência do processo penal.

O legado das jornadas de junho de 2013 pode ser encarado em três frentes. Em primeiro lugar, no campo legislativo foi aprovada a *dupla normativa da exceção*: (i) Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organizações criminosas e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova — notadamente a *delação premiada* — e (ii) Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013, que dispõe sobre a

responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública e institui os *acordos de leniência*.[104]

Em segundo lugar, o discurso midiático fez com que o ministério público assumisse um protagonismo inédito no sistema de justiça criminal. A narrativa foi construída a partir da proposta de emenda à Constituição – PEC 37, que passou a ser rotulada de *PEC da impunidade*. A proposta pretendia "definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal", retirando do ministério público a atribuição de presidir investigações criminais.

Embora a alteração estivesse alinhada à lógica acusatória do sistema processual penal contemplado pela Constituição, a PEC 37 foi demonizada pelos meios de comunicação, o que resultou na sua rejeição por uma expressiva votação no Congresso nacional (430 votos contra, 09 votos a favor e 02 abstenções) e na aclamação do ministério público como instância moral superior. Foi esse protagonismo que possibilitou diversas violações da lei a pretexto de se combater o crime, que acabou resultando anos depois em processo criminal contra um dos procuradores que auxiliavam o Procurador Geral da República[105].

Em terceiro lugar, a indústria da comunicação fabricou a narrativa do *combate à corrupção*. O roteiro maniqueísta dos heróis da justiça contra os vilões corruptos legitimou a intensificação do poder penal contra a classe política a pretexto de acabar com a impunidade. Diante do esvaziamento de credibilidade dos poderes legislativo e executivo, o sistema de justiça passou a agir soberanamente aclamado pela opinião pública(da). Segurança pública e moralização da arena política tornaram-se as principais categorias de um sistema penal orientado pelo clamor popular fabricado pela grande mídia.

Nas palavras de Sergio Fernando Moro (2004, p. 61), que viria a encarnar o arquétipo do juiz justiceiro alguns meses depois das jornadas de junho de 2013, o

---

[104] Conforme abordaremos adiante, um dos principais mecanismos empregados pelo processo penal de exceção na perseguição política e financeira são manipulações ilegais nos acordos de delação premiada e de leniência.

[105] Joesley Batista e Marcelo Miller se tornam réus por corrupção. Carta Capital, 28 jun. 2018. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/joesley-batista-e-marcelo-miller-se-tornam-reus-por-corrupcao> Acesso em 30 jun. 2018.

apoio da opinião pública teria sido condição indispensável para o sucesso da *operação mãos limpas* italiana:

> Talvez a lição mais importante de todo o episódio [operação mãos limpas] seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito. Por certo, a opinião pública favorável também demanda que a ação judicial alcance bons resultados. Somente investigações e ações exitosas podem angariá-la. Daí também o risco de divulgação prematura de informações acerca de investigações criminais. Caso as suspeitas não se confirmem, a credibilidade do órgão judicial pode ser abalada.

Publicado no ano de 2004, o mencionado artigo de Sergio Fernando Moro foi escrito logo após um evento marcante em sua carreira de magistrado: a homologação do primeiro acordo de delação premiada do Brasil nos moldes que se tornaram rotina na *Operação Lava Jato*[106]. Trata-se da delação de Alberto Youssef no caso que ficou conhecido como *Banestado*, homologado pelo juiz Sergio Fernando Moro e assinado pelo advogado Antonio Augusto Figueiredo Basto[107].

Tanto o artigo em que Sergio Fernando Moro ressalta o apoio da opinião pública como circunstância indispensável para o êxito de uma ação espetacularizada da justiça criminal, quanto a delação premiada de Alberto Youssef, ambos do ano de 2005, são um presságio do que estaria por vir na década seguinte. A manipulação da opinião pública e as mesmas três personagens — juiz Sergio Fernando Moro, delator Alberto Youssef e advogado Antonio Augusto Figueiredo Basto — foram essenciais naquilo que a partir de 2014 se convencionou chamar de *Operação Lava Jato*.

---

[106] "Condenado por participar de um esquema de empréstimos fraudulentos envolvendo o Banco do Estado do Paraná (Banestado), Alberto Yousseff assinou, em 2004, o primeiro acordo de delação premiada do Brasil. A delação foi homologada pelo juiz do caso, Sergio Moro, na época com apenas 31 anos". Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/16/Alberto-Youssef-o-doleiro-que-Moro-perdoou-duas-vezes>. Acesso em 08 jul.2018.

[107] "Em 2004, Basto intermediou a colaboração do doleiro Alberto Youssef no caso Banestado. Homologada pelo juiz Sérgio Moro, foi a primeira delação premiada do Brasil nos moldes atuais. Basto nega a acusação". Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/bancada-petista-articula-cpi-das-delacoes-premiadas/>. Acesso em 08 jul.2018.

Após o legado das Jornadas de Junho de 2013 ter sido apropriado pelos meios de comunicação de massa, construiu-se uma ficção em torno do combate à impunidade e à corrupção. Esse ambiente de hostilidade à política foi manipulado pelos instrumentos a serviço do mercado para legitimar violações de direito em série direcionadas a um grupo antes privilegiado pela *normalidade penal*[108].

A pretexto de se universalizar o rigor do direito penal a todos os outrora privilegiados, a assim chamada *Operação Lava Jato* promoveu uma reconfiguração dos grupos protegidos e perseguidos, ampliando-se a perseguição para os representantes políticos das classes populares e o empresariado nacional, numa espiral autoritária que potencializou a crueldade arbitrária contra os já tradicionais alvos da *normalidade penal*.

Como num passe de mágica, a fantasia engendrada pela *luta contra a corrupção* tem sido manipulada com o objetivo de legitimar violações de direitos fundamentais e garantias individuais em nome de um falso ideal de pureza social. Os fins desejados pela opinião pública(da) justificariam os meios arbitrários empregados pelos operadores do direito. Como demonstra Jessé Souza (2016, p. 112), não se trata de um discurso novo:

> Como em toda a história republicana brasileira, o mote da corrupção é sempre usado como arma letal para o inimigo de classe da elite e de seus aliados. Isso sempre ocorre quando existem políticas que envolvam inclusão dos setores marginalizados — que implicam menor participação no orçamento dos endinheirados e aumento do salário relativo dos trabalhadores, o que também não os interessa — ou condução pelo Estado de políticas de desenvolvimento de longo prazo.

A semente plantada pelo Supremo Tribunal Federal naquilo que ficou conhecido como *Mensalão* germinou anos depois na assim chamada *Operação Lava Jato*. Como já exposto, uma nova curva autoritária teve seu início no julgamento da Ação Penal 470, fortalecida pela repercussão e pressão midiática, flexibilizando regras

[108] Não é demais reiterar que a *normalidade penal* que tradicionalmente distingue entre protegidos e perseguidos pelos processos de criminalização atrelados à condição econômica dos indivíduos é uma prática autoritária que temos repudiado intensamente. Nossa crítica ao *processo penal de exceção* nasce do inconformismo diante — não apenas da ampliação dos alvos do sistema penal, mas principalmente — da intensificação das práticas autoritárias contra os tradicionalmente perseguidos, em razão da hegemonia do discurso da eficiência do direito penal como instrumento de segurança pública e pacificação social.

fundamentais de imputação do direito penal. De lá pra cá, encontrou céu de brigadeiro para alçar novos e longos voos conduzidos pelo autoritarismo latente das engrenagens do sistema de justiça criminal, direcionados por interesses políticos e econômicos em perfeita sintonia ao sistema midiático.

O supremo exemplo de um julgamento espetacularizado em que normas constitucionais e leis penais são *flexibilizadas* e *reinterpretadas* — eufemismos que mal ocultam o fato de que são efetivamente *violadas* pelos responsáveis por sua aplicação — foi replicado e potencializado especialmente pelas práticas de um magistrado que já havia revelado seu encanto pela *Operação Mãos Limpas [Mani Puliti, 1992-1996]*.[109]

Para Sergio Fernando Moro (2004, p. 57), o sucesso da operação italiana poderia ser medido em números, pelos seus "2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos; 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares". Seu êxito também poderia ser aferido segundo um juízo moral, pois "redesenhou o quadro político na Itália".

Todavia, o verdadeiro círculo virtuoso identificado pela doutrina de Sergio Fernando Moro em 2004 e posteriormente empregado pelo magistrado Sergio Fernando Moro a partir de 2014 seria formado pela tríade *prisões*, *confissões* e *publicidade.* Em suas palavras (Moro, 2004), "as prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*".

Essa tríade — *prisões*, *confissões* e *publicidade* — à qual Sergio Fernando Moro reputa a magnitude dos resultados obtidos pela operação italiana, deu origem à lógica da assim chamada *Operação Lava Jato* que tem caracterizado o processo penal de exceção brasileiro na década de 2010.

Nesse cenário, o processo deixa de ser uma garantia do imputado e passa a ser encarado como instrumento de perseguição utilizado por um Estado cooptado

[109] No artigo intitulado Considerações sobre a Operação Mãos Limpas (2004), o autor Sergio Fernando Moro declara que a Operação Mãos Limpas teria sido "um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário" (p. 57).

pelo mercado. Todos os instrumentos de persecução gravitam em torno da *delação premiada*, instrumento manipulado para obter *confissões* que interessem aos inquisidores, utilizando-se de *prisões* ilegais e de intensa *publicidade* dos meios de comunicação de massa.

A maior evidência de que o artigo de Sergio Fernando Moro (2004) foi o script da *Operação Lava Jato* é a repetição de uma citação atribuída ao procurador italiano Piercamilo Davigo, um dos protagonistas da Operação Mãos Limpas.

No artigo *Considerações sobre a operação mãos limpas* (2004, p. 58), assim afirmou:

> Registre-se que crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, no maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes. Conforme Piercamillo Davigo, um dos membros da equipe milanesa da operação *mani pulite*: *A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir, jamais*.

Já em diversas sentenças proferidas no curso da assim chamada *Operação Lava Jato,* inclusive as de maiores repercussão que condenaram o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná) e o empresário Marcelo Bahia Odebrecht (Ação Penal nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná), o magistrado tem repetido o seguinte trecho:

> Quem, em geral, vem criticando a colaboração premiada é, aparentemente, favorável à regra do silêncio, a omertà das organizações criminosas, isso sim reprovável. Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanesa da famosa Operação Mani Pulite, disse, com muita propriedade: "A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir jamais" (SIMON, Pedro coord. Operação: Mãos Limpas: Audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27).

Segundo as práticas que caracterizam a *Operação Lava Jato*, o processo penal deixa de ser a apuração de um fato concreto mediante o respeito de garantias do imputado para materializar-se em uma perseguição direcionada a alvos politicamente selecionados.

Os atos inquisitoriais iniciam-se por conduções coercitivas ilegais e ameaças de prisão arbitrária com o intuito de inviabilizar a defesa, desenvolvem-se mediante a extorsão de delações premiadas que atendam à conveniência da acusação, são julgados conforme a pressão dos meios de comunicação de massa e impõem punições antecipadas mediante prisões cautelares ilegais, violação de sigilos de comunicação, execução antecipada de penas sem trânsito em julgado e vazamentos seletivos que contribuem para o espetáculo de execração pública antes mesmo de um julgamento oficial e definitivo.

Sem atender ao afã de um exame pormenorizado da série de arbitrariedades praticadas nesta década pela aliança entre a autodenominada *força-tarefa* do Ministério Público Federal, a Polícia Federal e o Poder Judiciário, o escopo da presente tese reclama algumas considerações sobre os episódios mais emblemáticos que caracterizam o *processo penal de exceção* contemporâneo.

Logo no início de uma das investigações que posteriormente passou a integrar o que se convencionou chamar *Operação Lava Jato*, no dia 17 de fevereiro de 2014 o juiz Sergio Fernando Moro determinou a primeira condução coercitiva ilegal de dezenas outras que seriam decretadas na sequência até que o Supremo Tribunal Federal viesse a proibir esse *modus operandi*.[110].

Na decisão que decretou a primeira condução coercitiva nos moldes que se tornariam rotina na operação, o magistrado determinou a condução do investigado Gilson Mar Ferreira declarando apenas que conduzir alguém coercitivamente "não implica cerceamento real da liberdade de locomoção":

> Pleiteou a autoridade policial autorização para a condução coercitiva de Gilson Mar Ferreira para a tomada de seu depoimento (fl. 2 da representação do evento 18). Medida da espécie não implica cerceamento real da liberdade de locomoção. Considerando que referida pessoa figura como titular da empresa Gilson M. Ferreira Transporte ME, mantida no Banco Itaú, agência Xaxim, em Curitiba, e que recebeu os

[110] O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das conduções coercitivas no julgamento das ADPFs 395 e 444. Como já ressaltado, ao reconhecer a validade das conduções pretéritas — o Ministro Gilmar Mendes afirmou "não vejo necessidade de debater qualquer relação desta decisão com os casos pretéritos, inexistindo espaço para a modulação dos efeitos da decisão" — o Supremo Tribunal Federal legitimou a exceção enquanto suspensão do direito entre a primeira condução coercitiva ilegal decretada pelo juiz Sergio Fernando Moro no dia 17 de fevereiro de 2014 até a declaração de inconstitucionalidade dessa prática em 14 de junho de 2018.

> depósitos de Carlos a pedido de Rene, ela se justifica. Expeça-se quanto a ele mandado de condução coercitiva, consignando o número deste feito, a qualificação do investigado e o respectivo endereço extraído da representação. Consigne-se no mandado que não deve ser utilizada algema, salvo se, na ocasião, evidenciado risco concreto e imediato à autoridade policial (Pedido de busca e apreensão criminal nº 500143885.2014.404. 7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Evento 24).

Mesmo aqueles que se propõem a defender a medida, com base em um suposto — e ilegal — "poder geral de cautela" do juízo criminal, reconhecem que conduzir coercitivamente um investigado sem antes tê-lo intimado é, no mínimo, um ato que não está previsto no Código de Processo Penal[111] ou em qualquer outra norma do ordenamento jurídico brasileiro. Argumentos utilitaristas como a necessidade de *evitar que os imputados combinem versões* ou apelos moralistas no sentido de que, mesmo sem previsão legal, a *condução coercitiva seria medida menos gravosa que a prisão* revelam a irracionalidade do ato, que foi definitivamente proibido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPFs 395 e 444.

Como afirmou Geraldo Prado (2016):

> O amplo rol de garantias constitucionais (e das Convenções) é impeditivo da condução coercitiva de pessoas que têm domicílio certo e se fazem representar nos procedimentos. Mas estas conduções antijurídicas foram validadas por tribunais. Por isso são repetidas e apropriadas como espetáculos midiático-políticos. São da espécie dos espetáculos que se prestam à tentativa de enfraquecer o governo e tomar pela via da criminalização da política a legitimidade que as urnas não oferecem às grandes empresas de mídia e não ofereceram a setores insatisfeitos da oposição.

Na realidade, as conduções coercitivas — assim como a decretação de prisões cautelares arbitrárias — são orientadas pelo objetivo central do modelo de

[111] Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública. Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução.

processo penal que tem caracterizado a *Operação Lava Jato*: obter delações premiadas alinhadas aos interesses dos inquisidores.

Sobre as delações premiadas, alguns episódios merecem destaque. As mesmas personagens envolvidas no primeiro acordo de delação premiada aos moldes *lava jato* da história do Brasil em 2004 — juiz Sergio Fernando Moro, delator Alberto Youssef e advogado Antonio Augusto Figueiredo Basto — voltaram a ser encontrar em uma nova delação de Alberto Youssef, assistida por Antonio Augusto Figueiredo Basto, em acordo assinado no dia 24 de setembro de 2014. Dessa vez, o termo de colaboração foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal em razão da prerrogativa de foro de delatados, mas serviu de instrumento para que os caminhos da operação fossem trilhados pelo juiz Sergio Fernando Moro na primeira instância.

Inicialmente, merecem destaques dois pontos no Termo de colaboração premiada[112] celebrada pelo Ministério Público Federal e Alberto Youssef que caracterizam nítida violação dos dispositivos legais que disciplinam as regras da colaboração premiadas: (i) suspensão de todos os processos após se atingir o limite de 30 anos, sendo que cumprirá apenas de 03 a 05 anos em regime fechado com progressão direta para o regime aberto (cláusula 5ª) e (ii) algo chamado pela mídia de *cláusula de performance*[113], segundo a qual o doleiro ficaria com uma comissão de 2% referente a todo dinheiro que ajudar a recuperar, de modo que caso se atinja a cifra de um bilhão de reais o delator ficaria com a comissão de vinte milhões de reais (cláusula 7ª).

Ainda sobre comissões relacionadas a delações premiadas, chama atenção o pedido formulado pelo então Procurador Geral da República requerendo que 20% dos valores recuperados após a colaboração de um dos delatores, estimados em 79 milhões de reais. O pleito foi indeferido pelo então Ministro Teori

---

112 Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçãoyoussef.pdf> Acesso em 08 jul.2018.

113 "Além de garantir pena máxima de cinco anos de prisão, o doleiro Alberto Youssef terá uma vantagem financeira ao fim da operação Lava-Jato. No acordo de delação premiada, a sua defesa conseguiu a inclusão de uma cláusula de performance, ou taxa de sucesso, na qual ele receberá 2% de todo o dinheiro que ajudar a recuperar. Caso a Justiça consiga, com apoio de Youssef, colocar as mãos em uma fortuna de R$ 1 bilhão que circularia em paraísos fiscais, o doleiro embolsaria R$ 20 milhões no final da ação". (Youssef pode recuperar até R$ 20 milhões com delação premiada. O Globo, 24 jan. 2015. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/youssef-pode-recuperar-ate-20-milhoes-com-delacao-premiada-15143551> Acesso em 08 jul. 2018).

Zavascki na Petição 5.210/DF, mas demonstra o interesse do Ministério Público Federal em receber comissão “para destinação aos órgãos responsáveis pela negociação e pela homologação do acordo de colaboração premiada que permitiu tal repatriação”.[114]

O interesse da instituição não se limitou a cobrar comissões pelos resultados obtidos, mas chegou ao ponto de coagir réus a se submeter a delações premiadas mediante prisões preventivas[115]. Em pareceres assinados pelo procurador Manoel Pestana, afirmou-se que a prisão preventiva teria a “importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos” (Habeas corpus nº 5029050-46.2014.404.0000 e nº 5029016-71.2014.4.04.0000, 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

A relação entre coação exercida pela prisão preventiva com o propósito de se obter delações premiadas ficou evidente por duas decisões do juiz Sergio Fernando Moro no Pedido de busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR[116]. No dia 15 de fevereiro de 2017, decretou a prisão preventiva do investigado Apolo Santana Vieira porque “presentes os pressupostos da prisão preventiva, boa prova de materialidade e de autoria, e igualmente os fundamentos, risco à ordem pública e à aplicação da lei penal”. Quatro dias após, ao saber que o investigado estaria se submetendo a uma delação premiada, o magistrado voltou atrás e decidiu revogar a prisão preventiva:

> Em vista da informação prestada pelo MPF de que estaria em tratativas para um acordo de colaboração com Apolo Santana Vieira revogo a decisão do evento 4 no que se refere à prisão preventiva dele e à busca e apreensão em seu endereço. Recolham-se os mandados (Pedido de busca e apreensão

[114] Teori Zavascki impede MPF de cobrar porcentagem por acordos na "lava jato". Conjur, 22 jun.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-22/teori-impede-mpf-cobrar-porcentagem-acordos-lava-jato>. Acesso em 08 jul. 2018.
[115] Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Conjur, 27 nov.2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes> Acesso em 08 jul.2018.
[116] Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação. Conjur, 23 fev.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>. Acesso em 08 jul.2018.

> criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Evento 17).

A prisão não foi o único meio de coação empregado contra os imputados. Sem qualquer previsão legal e contrariando a lógica essencial do direito penal, a família dos delatores passou a ser objeto de negociação. Nesse modelo de *delação terceirizada*, o delator preservaria seus familiares de investidas do poder penal.

Nesse sentido, o acordo celebrado entre o Ministério Público Federal e José Sérgio de Oliveira Machado[117] reservou um tópico específico para o "Tratamento jurídico dos familiares", no qual a acusação "compromete-se a não oferecer denúncia nem de nenhum modo, ainda que por aditamento ou rerratificação, propor ação penal por fatos contidos no escopo deste acordo em desfavor de qualquer familiar do colaborador". (Cláusula 5ª, Parágrafo 4º).

Além disso, não obstante a legislação ser muito clara no sentido de que a delação é um meio para a obtenção de prova — e não um meio de prova em si —, diversas condenações foram proferidas e inúmeras prisões[118] foram decretadas exclusivamente com base nas palavras de delatores.

No caso de maior repercussão julgado no curso da Operação Lava Jato, o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva foi condenado com base em relatos prestados em uma inédita *delação informal*. Pelos serviços prestados, José Adelmário Pinheiro Filho foi beneficiado com os privilégios da delação premiada

---

[117] Disponível em <https://s.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>. Acesso em 09 jul.2018.

[118] "A ordem de prisão preventiva decretada nesta quinta-feira (26/1) contra o empresário Eike Batista baseia-se principalmente no relato de que pessoas de sua confiança participaram de "duas ou três reuniões", em 2015, com o objetivo de combinar versões para a entrega de propina ao ex-governador Sérgio Cabral." (Decreto de prisão de Eike baseia-se em reunião de 2015, sem a presença dele. Conjur, 26 jan.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-26/prisao-eike-baseia-reunioes-2015-presenca-dele>. Acesso em 09 jul.2018.

mesmo sem ter formalizado acordo com qualquer autoridade[119] e suas palavras foram utilizadas para fundamentar a condenação do ex-presidente[120].

Em última instância, as delações premiadas ao modo *lava jato* esvaziaram todas as garantias do processo penal a ponto de torná-lo desnecessário. A *delação coletiva* negociada pelo Ministério Público Federal simultaneamente com setenta e sete acionistas e executivos da construtora Odebrecht resultou na aplicação de penas criminais a pessoas que sequer foram investigadas, denunciadas ou condenadas.[121]

A lógica autoritária transbordou as práticas reais para se consolidar em um projeto de lei patrocinado pelo Ministério Público Federal apelidado de *10 medidas contra a corrupção*. Melhor seria denominá-lo *10 medidas contra a Constituição*, pois a pretexto de trazer "eficiência" no "combate à corrupção" violam direitos fundamentais e garantias individuais mais elementares, ao propor medidas como limitação das nulidades, convalidação de provas ilícitas, aumento de penas, inversão do ônus da prova mediante a criação do tipo penal de enriquecimento ilícito de agentes públicos,

---

[119] "Ainda que tardia e sem o acordo de colaboração, é forçoso reconhecer que o condenado José Adelmário Pinheiro Filho contribuiu, nesta ação penal, para o esclarecimento da verdade, prestando depoimento e fornecendo documentos. […] Assim e considerando, cumulativamente, a elevada culpabilidade do condenado, o papel relevante dele no esquema criminoso, a colaboração tardia, a consistência do depoimento com as provas documentais dos autos, a relevância do depoimento para o julgamento deste feito, é o caso de não impor ao condenado, como condição para progressão de regime, a completa reparação dos danos decorrentes do crime, e admitir a progressão de regime de cumprimento de pena depois do cumprimento de dois anos e seis meses de reclusão no regime fechado, isso independentemente do total de pena somada, o que exigiria mais tempo de cumprimento de pena" (Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Sentença).

[120] "As declarações de José Adelmário Pinheiro Filho soam críveis. Considerando sua manifesta intenção de colaborar, não se vislumbra por qual motivo admitiria a prática de um crime de corrupção e negaria o outro. Caso sua intenção fosse mentir em Juízo em favor próprio e do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, negaria ambos os crimes. Caso a intenção fosse mentir em Juízo somente para obter benefícios legais, afirmaria os dois crimes. Considerando que a sua narrativa envolvendo o apartamento triplex encontra apoio e corroboração em ampla prova documental, é o caso de igualmente dar-lhe crédito em seu relato sobre o armazenamento do acervo presidencial" (Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Sentença).

[121] "O maior acordo de colaboração premiada já feito no país, assinado por 77 acionistas e executivos da Odebrecht e pela Procuradoria-Geral da República, tem um trecho considerado polêmico por especialistas em direito e advogados que tiveram acesso ao documento, ainda sob sigilo. Segundo os papéis, os delatores da empreiteira devem cumprir as penas definidas no acordo imediatamente após a homologação, efetivada em 30 de janeiro pela presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), Cármen Lúcia. No entanto, dos 77 delatores, apenas 5 já foram condenados pela Justiça. Isso quer dizer que os outros 72 delatores cumprirão pena sem que tenham sido sentenciados por um juiz. Dezenas serão submetidos a penas de prisão domiciliar sem terem sido formalmente investigados ou denunciados". (Delatores da Odebrecht cumprirão pena sem condenação. *Folha de São Paulo*, 05 mar.2017. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863736-delatores-da-odebrecht-cumprirao-pena-sem-condenacao.shtml>. Acesso em 09 jul.2018).

limitação do habeas corpus, criação de recursos para a acusação e restrições sobre a prescrição.

O que o projeto das *10 medidas contra a corrupção* pretende é universalizar o *modus operandi lava jato*. A maioria das sugestões propostas pelo Ministério Público Federal já tem sido empregada nas práticas reais punitivistas, embora camufladas sob o discurso constitucional. É improvável — embora não possa ser descartado, dada intensificação do autoritarismo explícito que se evidenciou no processo eleitoral de 2018 — que as medidas sejam aprovadas integralmente, pois afrontam descaradamente a Constituição. A tendência é que o discurso formal permaneça fiel aos princípios democráticos, ocultando as práticas reais autoritárias pelo que temos denominado *processo penal de exceção*.

Entretanto, o fato de o Ministério Público Federal sugerir mudanças na regra do jogo destinadas a "combater a corrupção" diz muito sobre o perfil da instituição nessa década. "Enquanto houver bambu, lá vai flecha", afirmou o então procurador geral da República, Rodrigo Janot, no final do seu mandato[122]. Em outra ocasião, afirmou que "o sucesso das investigações sérias conduzidas pelo MPF até aqui representa uma oportunidade ímpar de depuração do processo político nacional"[123].

As declarações de Rodrigo Janot demonstram o ímpeto do Ministério Público Federal de *depurar o processo político nacional com suas flechadas*. Abandonando a missão de zelar pelo cumprimento da Constituição e das leis do país, a atuação concreta da instituição revela-se contaminada por interesses políticos e pessoais de seus integrantes[124].

---

[122] 'Enquanto houver bambu, lá vai flecha', diz Janot, sobre fim de mandato. O Estado de São Paulo, 01 jul. 2017. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,enquanto-houver-bambu-vai-ter-flecha-diz-janot,70001873242>. Acesso em 09 jul.2018.

[123] Em carta a procuradores, Janot alerta para 'democracia sob ataque'. Valor Econômico, 14 mar.2017. Disponível em<https://www.valor.com.br/politica/4899752/em-carta-procuradores-janot-alerta-para-democracia-sob-ataque>. Acesso em 09 jul.2018.

[124] A crise no Ministério Público Federal levou o procurador geral da República a pedir a prisão de seu ex-assessor e também procurador da República, Marcelo Miller. (Janot pede prisão de Joesley, Saud e ex-procurador Miller. O Estado de São Paulo, 08 set.2017. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-pede-prisao-de-joesley-saud-e-ex-procurador-miller/>. Acesso em 09 jul.2018).

Assim, é nítida a influência da assim chamada *Operação Lava Jato* no processo político nacional. Dois momentos emblemáticos revelam a manipulação da intervenção penal com apoio midiático na criação de fatos políticos decisivos: uma presidenta deposta sem qualquer fundamento legal e um ex-presidente impedido de concorrer à eleição em que é favorito por atos arbitrários do sistema de justiça.

Em primeiro lugar, o processo de *impeachment* da então presidenta Dilma Vana Rousseff foi diretamente influenciado pelo vazamento de diálogos sigilosos interceptados de forma ilícita pelo juiz Sergio Fernando Moro[125]. Dias depois, o próprio magistrado reconheceu a ilegalidade de sua conduta e desculpou-se perante o Supremo Tribunal Federal[126].

Em segundo lugar, as peculiaridades que envolveram a condenação do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva caracterizam sua condição de prisioneiro político e revelam absoluta ligação da Operação Lava Jato com o processo eleitoral. Ao candidato que liderava todas as pesquisas eleitorais[127], foi imposto tratamento singular e distinto dos demais políticos e cidadãos em situação idêntica ou similar, sendo que o tempo do processo foi cronometrado de acordo com o calendário eleitoral para impedir sua candidatura à presidência do país.

Do primeiro ao último ato, o processo que resultou na condenação de Luís Inácio Lula da Silva foi repleto de ilegalidades. Desde as interceptações ilegais da presidenta Dilma seguida dos vazamentos em rede nacional para pressionar a votação do *impeachment*, passando pela condução coercitiva cuja ilicitude foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, pelo indeferimento da produção de provas que interessavam à defesa, pela sentença incongruente com a denúncia,

---

[125] Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. Conjur, 16 mar.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Acesso em 09 jul.2018.

[126] Moro pede desculpas ao Supremo por divulgação de áudios de Lula e nega motivação política. O Estado de São Paulo, 29 mar.2016. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-pede-desculpas-ao-supremo-por-divulgacao-de-audios-de-lula-e-nega-motivacao-politica/>. Acesso em 09 jul. 2018.

[127] Por todos, Lula tem 33%, Bolsonaro, 15%, Marina, 7%, e Ciro, 4%, aponta pesquisa Ibope. G1, 28 jun.2018. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/lula-tem-33-bolsonaro-15-marina-7-e-ciro-4-aponta-pesquisa-ibope.ghtml>. Acesso em 09 jul.2018.

pelo julgamento da apelação em tempo recorde, chegando ao acórdão que adotou uma tese que sequer foi sustentada pela acusação.

A pretexto de se combater a corrupção dos recursos públicos e a impunidade de políticos, esse modelo que denominamos *processo penal de exceção* promove a corrupção dos direitos fundamentais e garantias individuais, acompanhada da impunidade dos operadores do direito que servem aos interesses classistas do mercado contra a soberania popular.

Em um processo administrativo disciplinar instaurado para apurar a responsabilidade do juiz Sergio Fernando Moro diante da violação ilegal de sigilo da presidenta Dilma Vana Rousseff, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu explicitamente a lógica da exceção no processo penal. Por treze votos a um, o Tribunal decidiu que o magistrado poderia violar impunemente o ordenamento jurídico porque a *Operação Lava Jato* não se limitaria às regras comuns.

O desembargador federal Rômulo Pizzolatti advertiu que as “regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de *normalidade* por elas abrangido”. Ou seja, adotando a perspectiva schmittiana sobre o estado de exceção, o Tribunal condicionou a vigência da norma à avaliação da normalidade dos fatos. “É que a norma jurídica incide no plano da *normalidade*, não se aplicando a *situações excepcionais*” (P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

Prosseguindo em seu voto, o julgador afirmou que a *Operação Lava Jato* seria um “caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro”. Por essa razão, os agentes do sistema de justiça não estariam limitados pelo ordenamento jurídico comum, legitimando-se um tratamento excepcional para o sucesso e eficiência dos objetivos buscados pela operação:

> Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de

> investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.

Esse breve apanhado[128] serve como amostra das medidas de exceção praticadas pelo sistema de justiça criminal brasileiro durante a década de 2010 contra alvos — políticos e empresários ligados a um projeto de governo alinhado à soberania popular — outrora protegidos pela normalidade penal que se destinava apenas à perseguição do povo excluído.

O ponto inicial da nova curva autoritária na década de 2010 foi o julgamento espetacularizado da AP 470 (caso *Mensalão*) pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de então, o sistema de justiça avoca para si o protagonismo como agente político e moralizador da sociedade, justificando a *flexibilização* de direitos e garantias como meio de se combater a corrupção e a impunidade. Um caso (o de maior repercussão midiática da história brasileira, até então) julgado originariamente por um Tribunal (aquele que deveria ser o guardião da Constituição) deu origem a um novo paradigma no sistema de justiça criminal.

Desse ponto em diante, traçou-se os novos contornos do regime autoritário contemporâneo, caracterizado pelo protagonismo de um sistema de justiça que passa a se orientar pelo desejo de audiência e não mais pelos limites constitucionais. Alimentada pelos interesses do mercado, a opinião pública(da) assume o lugar das normas jurídicas como referencial de aplicação do direito. Dominados pelos interesses dos donos da riqueza, os meios de comunicação de massa dirigem o espetáculo que anuncia o direito penal como solução contra a violência urbana e a má administração pública.

Os eventos históricos que se seguem são consequência da nova mentalidade penal na sociedade brasileira. A apropriação elitista e midiática da pulsão

[128] Naturalmente incompleto, dado o extenso rol de ilegalidades frente aos limites da presente tese.

popular anômica que originou as *jornadas de junho de 2013* deixou como legado o endurecimento da legislação penal[129] e o fortalecimento do ministério público[130], criando-se as condições para novas medidas de exceção: (i) o processo de *impeachment* que violou a Constituição Federal e (ii) um conjunto de investigações e ações penais (*Operação Lava Jato)* que violam direitos e garantias com apoio do discurso midiático.

A face mais cruel do novo autoritarismo é a potencialização da tirania histórica da normalidade penal na sociedade brasileira. Segundo os dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Infopen, 2017), a população prisional atingiu a marca de 726.712 presos no mês de junho de 2016. O número de presos sem condenação supera 40% e a taxa de ocupação nos presídios atingiu 197,4%. Nos últimos quinze anos, o número total de presos sem condenação mais que triplicou e atingiu a marca de 292.450.

Por mais que o discurso midiático anuncie que o sistema penal está *democratizando o arbítrio* ao condenar políticos e empresários, a realidade é que o público alvo do nosso sistema penal permanece o mesmo: jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais[131]. Para cada condenação lavada à jato em audiência nacional, milhares de execuções e prisões silenciosas empilham corpos da juventude pobre e negra.

Até o início do século XXI, as medidas de exceção destinadas exclusivamente à tradicional criminalização da pobreza assumiam-se como táticas explícitas de exclusão, na forma de leis penais mais rigorosa contra os crimes patrimoniais e tráfico de drogas, políticas públicas de negação ao direito de defesa a

---

[129] O que apontamos como *dupla normativa da exceção*: (i) Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organizações criminosas e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova — notadamente a *delação premiada* — e (ii) Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública e institui os *acordos de leniência*.

[130] O discurso midiático fez com que o ministério público assumisse um protagonismo inédito no sistema de justiça criminal, permitindo que membros da instituição presidam investigações criminais mesmo sem previsão legal e criando as condições propícias para proporem *medidas contar a corrupção* que violam direitos fundamentais e garantias individuais elementares.

[131] Os dados revelam que 55% dos presos têm até 29 anos, fração que se eleva a 74% se considerarmos os que possuem até 34 anos. No total, 64% são negros. Se considerados apenas a população do sistema penitenciário federal, 73% são negros. Do total de presos, 80% não concluiu o Ensino Médio. Em contrapartida, 0% possui Ensino Superior Completo. Quanto os homens, mais de 70% é acusado por tráfico ou crimes patrimoniais. Já em relação às mulheres, mais de 60% delas são acusadas por tráfico.

quem não tem recursos suficientes e desvalorização da Defensoria Pública, bem como condução das políticas jurídico-penais para perseguição de jovens, pobres e negros.

Contemporaneamente, diante de uma nova onda autoritária que intensifica a criminalização da pobreza e inaugura a criminalização da resistência, as medidas de exceção são fruto das práticas fraudulentas de um sistema de justiça criminal submisso aos interesses do mercado. Notadamente, as práticas violentas estatais se valem de atos do processo penal como medidas de exceção.

Se a *normalidade penal brasileira* tradicionalmente se caracterizou pela tosca separação entre excluídos e incluídos no âmbito de proteção dos direitos individuais, o *processo penal de exceção* tem sido o mecanismo destinado a adequar o discurso autoritário à complexidade dos nossos tempos, camuflando a perseguição seletiva de alvos do sistema político, científico e empresarial alinhados à soberania popular nacional. Na forma de atos tirânicos travestidos na roupagem democrática e institucional de interpretação e aplicação do direito, intensifica-se a repressão contra as classes populares tradicionalmente perseguidas e amplia-se o universo dos inimigos para atingir uma parte das classes superiores não alinhadas às práticas que interessam ao mercado.

4.3. O sistema da exceção (SE): dez axiomas do processo penal de exceção

> *"[...] um processo com aparência de processo judicial, que cumpre ritos e supostamente observa a garantia constitucional à ampla defesa, quando, na verdade, é apenas um teatro, cujo final já está predeterminado no script."*
> — Pedro Estevam Serrano[132] —

[132] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A sentença de Lula como medida de exceção in PROENER, Carol et all (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017.

Fruto das práticas reais de um sistema de justiça criminal infiel à Constituição Federal e submisso aos interesses do mercado globalizado, o processo penal de exceção é a forma jurídica das medidas de exceção caracterizadas pelo abandono do referencial normativo (populismo penal) para atender ao desejo de audiência produzido pelo discurso midiático orientado pelos interesses da racionalidade neoliberal (espetáculo processual).

Do ponto de vista operacional, revela-se um mecanismo de exercício do poder que oculta sua essência autoritária numa aparência garantista. Uma fraude por meio da qual se implementa a perseguição de um grupo eleito como inimigo pelo soberano na contemporaneidade, sem que se desfaça formalmente da roupagem hipócrita do discurso democrático. As normas constitucionais abstratas esvaziam-se concretamente em práticas reais autoritárias do poder penal, propiciando o combate bélico com expressão de legalidade institucional.

Trata-se de uma farsa que atua em benefício da preservação dos interesses historicamente dominantes. Retomando a preciosa metáfora de Lola Aniyar de Castro (1980, p. 27), pode-se dizer que o sistema penal é uma *alcachofra*: ao "despojá-lo, folha por folha, de todo o supérfluo, do simbólico, daquilo que é pura ideologia" encontraríamos a infraestrutura econômica social como a sua verdadeira essência, pois "o coração que apareceria a nossos olhos é o programa real de cada sistema de produção".

Naturalmente, um país que jamais se propôs a regular a mídia é terreno fértil para espetáculos autoritários de aclamação a lideranças que anunciam soluções fáceis por intermédio de soluções moralistas e da intensificação do poder penal. O *inimigo* a ser combatido materializa as duas faces de um mesmo incômodo à racionalidade neoliberal e devem ser eliminados.

De um lado, há um fenômeno de intensificação da criminalização da pobreza. Os inimigos tradicionais são os *pobres inúteis* que, diante da extrema desigualdade e do desenvolvimento tecnológico, não são consumidores nem exército

de mão de obra de reserva. A eliminação dos grupos tradicionalmente excluídos pela normalidade penal brasileira fortalece-se pelo discurso da eficiência penal em benefício da segurança pública e contra o crime organizado.

De outra parte, há um novo fenômeno de criminalização da resistência. Os novos inimigos do mercado soberano são *políticos, intelectuais, formadores de opinião e empresários inconvenientes* à concentração de riqueza e manutenção dos privilégios da elite econômica. A eliminação desses novos agentes que passam a atuar como obstáculos ao poder econômico é estimulada pelo discurso da eficiência penal em nome da moralidade administrativa e contra a corrupção.

Se a Constituição Federal de 1988 nos impôs a missão de superar a normalidade penal histórica mediante a *universalização dos direitos e garantias aos grupos tradicionalmente perseguidos*, a lógica que tem orientado as práticas reais do sistema penal brasileiro na contemporaneidade atende ao discurso midiático de moralização do país por meio da *universalização do arbítrio, do ódio e da crueldade aos grupos outrora protegidos*.

O símbolo desses novos tempos se apresenta como perseguições espetacularizadas, violação de direitos, flexibilização de garantias e condenações rigorosas de políticos ligados aos interesses das classes populares, formadores de opinião não alinhados à racionalidade neoliberal e empresários nacionais de setores estratégicos que incomodam a hegemonia do capital internacional.

Anuncia-se a superação da *normalidade penal histórica* como se não mais houvesse excluídos e incluídos, perseguidos e protegidos, amigos e inimigos nas práticas do sistema criminal. Entretanto, a repressão penal é inevitavelmente seletiva. Sob o rótulo da proteção de bens jurídicos, dissimula-se a proteção de interesses econômicos e políticos. Nesse sentido, a proposta de *universalização* das práticas concretas do sistema de justiça criminal é um embuste que visa ocultar a preservação dos reais interesses da classe dominante mediante a violência estatal.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (1980):

> As formas legais do Direito realizam, de fato, uma proteção seletiva dos interesses econômicos e políticos das classes hegemônicas, e, no âmbito de sua aplicação, pelos aparelhos

> policial, judiciário e prisional, realizam uma repressão seletiva, concentrada nos indivíduos sem poder e influência das classes dominadas; não obstante (e, por isso), difundem os princípios da proteção geral e da igualdade legal, outra modalidade de representação ilusória da realidade, sob a forma de ideologia jurídica. O problema, como se vê, é menos de *abuso criminoso de poder,* e mais de *abuso do poder criminoso* – o que não é simples questão de semântica.

Desde o início da formação do sistema de justiça criminal brasileiro, a normalidade penal tem sido marcada pelo *controle social* mediante a exclusão, repressão, perseguição, intimidação, encarceramento em massa e execução impune das classes sociais inferiores. Retomando o conceito de *normalidade penal*, haveria duas zonas bem delimitadas: um Estado de direito para os protegidos (zona de proteção) e um estado permanente de exceção para os inimigos rotulados como *bandidos* (zona de exclusão).

Todavia, o processo penal de exceção tem deflagrado a *reconfiguração* dessa normalidade penal. Ao tradicional controle social da pobreza, soma-se uma segunda dimensão de *controle político e econômico do país* mediante a perseguição, destituição e deslegitimação de uma classe política, de seus apoiadores, do pensamento intelectual e da atividade empresarial nacional. O combate seletivo à corrupção promove a *criminalização dos inimigos da racionalidade neoliberal*.

> Em vez da propalada dinâmica libertária, o neoliberalismo levou a mais uma espécie de despotismo, uma ditadura do mercado, em que se dá a imposição coercitiva — e o Sistema de Justiça Criminal serve a essa coerção — das leis de mercado. Na pós-democracia não existem obstáculos ao exercício do poder: os direitos e as garantias fundamentais também são vistos como mercadorias que alguns consumidores estão autorizados a usar (Casara, 2017, p. 41)

A soberania deixou de ser uma questão de Estado para se tornar um poder exercido segundo os interesses de mercado. No âmbito criminal, assistimos à aplicação e legitimação de um direito penal manipulado como instrumento de dominação a serviço do poder econômico, contrariando em práticas reais o discurso ideológico oficial estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e expandindo a repressão violenta direcionada aos indesejáveis sociais na mesma proporção em que o império neoliberal multiplica a desigualdade social e a miséria humana.

Nesse cenário, a aliança entre os operadores do direito, a grande mídia e os donos do capital impõem o domínio de interesses particulares em nome de uma elite privilegiada contra o povo. A ideologia trabalhada pelos meios de comunicação de massa anuncia a intensificação do direito penal como arma no combate à corrupção e à impunidade, em benefício da segurança e pacificação social.

A intensificação do autoritarismo penal no Brasil contemporâneo ocorreu sem que fosse necessário instaurar um regime jurídico especial para combater os inimigos, tal qual o tratamento específico dispensado aos comunistas na época dos regimes militares ou aos terroristas e imigrantes atualmente nos países ditos de "primeiro mundo".

Entre nós, a exceção não se impõe por meio da criação legislativa de um regime jurídico especial representado pelo modelo de direito penal destinado a combater os inimigos (Jakobs, 2008). As medidas de exceção são praticadas concretamente por um sistema de justiça que viola sistematicamente as normas constitucionais e penais, a pretexto de satisfazer a opinião pública(da).

Diante desse cenário, a ideologia constitucional garantista do processo penal brasileiro segundo um modelo acusatório mantém-se apenas na aparência, enquanto é substituída na essência pela aclamação midiática da organização direta da violência de classe estruturada por uma aliança entre parte dos operadores do direito (polícias, ministérios públicos, advocacia e poder judiciário) e a indústria da comunicação, destinada à eliminação dos inimigos do mercado segundo a racionalidade neoliberal.

A pretexto de se universalizar o rigor do direito penal a todos os outrora privilegiados, o processo penal de exceção tem promovido uma reconfiguração dos grupos protegidos e perseguidos, ampliando-se a perseguição para os representantes políticos e intelectuais das classes populares e o empresariado nacional (criminalização da resistência), numa espiral autoritária que aumenta a crueldade arbitrária contra os já tradicionais alvos da *normalidade penal* (criminalização da pobreza).

Retomando conceitos apresentados nas linhas iniciais desse trabalho, enquanto o sistema garantista (SG) trabalha com o paradigma *punir-proibir-julgar*, a tese proposta é a de que o sistema da exceção (SE) trabalha com o paradigma *eliminar-perseguir-julgar*.

Vimos que o garantismo de Luigi Ferrajoli organiza a lógica da *punição-proibição-julgamento* própria de um Estado de direito em dez postulados sobre *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova* e *defesa,* expressos pelos seguintes princípios axiológicos fundamentais:

A1 – *Nulla poena sine crimine*
A2 – *Nullum crimen sine lege*
A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
A4 – *Nulla necessitas sine injuria*
A5 – *Nulla injuria sine actione*
A6 – *Nulla actio sine culpa*
A7 – *Nulla culpa sine judicio*
A8 – *Nullum judieium sine accusatione*
A9 – *Nulla accusatio sine probatione*
A10 – *Nulla probatio sine defensione*

Por outro lado, identificamos o processo penal de exceção como o mecanismo destinado a instrumentalizar uma farsa em que o julgamento representa um mero ritual utilizado como maquiagem para perseguir e eliminar os inimigos. Os princípios garantistas são mantidos no âmbito discursivo, mas fraudados nas práticas reais do poder penal.

Sistematizando o jogo de aparências do processo penal de exceção, a tese proposta é que os princípios garantistas, enquanto postulados normativos de conteúdo moral próprios da democracia liberal que gravita em torno da proteção dos direitos fundamentais, são fraudados por meio de *antiprincípios*.

Assim, a fórmula garantista é substituída nas práticas reais do poder penal pelo paradigma *eliminação-perseguição-julgamento*, que podemos desenvolver em dez postulados que fraudam o discurso garantista sobre *prisão, guerra, aclamação,*

seletividade, inimigos, conflito, ideologia, espetáculo, fantasia, enredo e manipulação, expressos pelas seguintes máximas:

A'1 – *Não há prisão sem guerra*
A'2 – *Não há guerra sem aclamação*
A'3 – *Não há aclamação sem seletividade*
A'4 – *Não há seletividade sem inimigos*
A'5 – *Não há inimigo sem conflito*
A'6 – *Não há conflito sem ideologia*
A'7 – *Não há ideologia sem espetáculo*
A'8 – *Não há espetáculo sem fantasia*
A'9 – *Não há fantasia sem enredo*
A'10 – *Não há enredo sem manipulação*

Cada um desses dez axiomas representa um *antiprincípio*, a respectiva contrafação de cada máxima garantista. Esquematicamente: A'1 – *Não há prisão sem guerra*: antiprincípio da combatividade A'2 – *Não há guerra sem aclamação*: antiprincípio da aclamação; A'3 – *Não há medida de exceção sem seletividade*: antiprincípio da seletividade; A'4 – *Não há seletividade sem inimigos*: antiprincípio da inimizade; A'5 – *Não há inimigo sem conflito*: antiprincípio da luta de classes; A'6 – *Não há conflito sem ideologia*: antiprincípio da ideologia; A'7 – *Não há ideologia sem espetáculo*: antiprincípio do espetáculo; A'8 – *Não há espetáculo sem fantasia*: antiprincípio da inquisição dissimulada; A'9 – *Não há fantasia sem enredo*: antiprincípio do primado das hipóteses sobre os fatos; A'10 – *Não há enredo sem manipulação*: antiprincípio da eficiência.

Se os elementos garantistas foram organizados por Luigi Ferrajoli na forma de *garantias penais* (sobre delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade) e *garantias processuais* (jurisdição, acusação, prova e defesa) visando à aplicação final de uma pena criminal como forma de *sanção*, identificamos que o processo penal de exceção atua mediante *táticas penais* (sobre guerra, aclamação, seletividade, inimigos, conflito e ideologia) e *táticas processuais* (sobre espetáculo, fantasia, enredo e manipulação) visando à imposição da prisão como *arma de guerra*.

Para Geraldo Prado (2014, p. 17), o processo penal “não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário”. Todavia, ao ser manipulado como medida de exceção, o processo penal brasileiro transformou-se na mera cerimônia protocolar temida pelo autor.

Na guerra entre amigos (os “cidadãos de bem”) e inimigos (os bandidos, traficantes ou corruptos) orientada pela racionalidade neoliberal, o processo penal se transforma em um “jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo do direito de defesa”, uma arena onde o “mercado define os inimigos e o Estado os combate”:

> Não é fortuito, pois, o fato de que a política, agora dominada pela exceção, tenha se convertido no binômio amigo (titular de direitos fundamentais) e inimigo (destinatário do estado de exceção), de que nos fala Carl Schmitt. A fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o *mercado define os inimigos e o Estado os combate*. Desnecessário dizer que, neste contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo do direito de defesa (Valim, 2017, p. 38).

Enquanto o propósito do sistema penal garantista (SG) é construir um modelo epistemológico limitador dos abusos do poder penal e da violência social, o sistema do processo penal de exceção (SE) atua como mecanismo fraudulento de exercício do poder tirânico, que oculta sua essência autoritária numa aparência garantista, expandindo o poder penal e a violência social na medida em que esvazia de sentido os direitos fundamentais e garantias individuais.

4.3.1. Antiprincípio da combatividade

> *"No neoliberalismo há apenas mercadorias e a elas deve ser atribuído um valor de troca. O resto, aquilo que não tem valor positivo de uma mercadoria, deve ser eliminado."*
> — Rubens Casara[133] —

Ao inimigo externo, guerra. Ao inimigo interno, processo penal.

O processo penal de exceção é a contrafação do modelo garantista, gestada a partir da substituição da lógica da consequencialidade (*se* crime*, então* pena) pela fórmula da combatividade (*se* guerra, *então* prisão). Enquanto o garantismo busca assegurar que a aplicação da pena criminal seja consequência da apuração de um crime por meio de um processo que assegure ao imputado todos os direitos fundamentais, a exceção atua para impor a prisão como arma de guerra destinada aos inimigos do mercado soberano.

Segundo a epistemologia da exceção que temos construído na presente tese, o axioma fundamental "A1 – *Nulla poena sine crimine*" (princípio da retributividade) é fraudado pela máxima "A'1 – *Não há prisão sem guerra*" (antiprincípio da combatividade ou da guerra).

Vimos que no sistema garantista o princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena orienta a questão sobre "quando (ou o que) *punir*", a partir do mandamento segundo o qual toda sanção de natureza criminal deve corresponder à prática de uma conduta tipificada em lei como delito. Por sua vez, no processo penal de exceção a questão a ser respondida é: quando (ou quem) *eliminar?*

Ao invés de um modelo segundo o qual as pessoas são *punidas* por aquilo que *fazem*, deflagra-se um conflito violento em que pessoas são *eliminadas* — física

---

[133] CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 50.

ou simbolicamente — por serem quem *são*, manipulando-se a intervenção penal como tática de extermínio destinada à humanidade subalterna aos interesses do mercado. Eis a síntese do que propomos como a*ntiprincípio da combatividade ou da guerra.*

Nesse contexto, o processo penal deixa de ser uma *garantia* da pessoa contra o poder penal e passa a ser uma *arma de guerra* contra os indivíduos declarados inimigos da sociedade e utilizada pelos setores hegemônicos que controlam a burocracia estatal. Essa estratégia bélica é oculta sob o discurso da segurança pública e eficiência do direito penal.

Na origem do processo penal de exceção está uma lógica beligerante, estruturada a partir da narrativa fraudulenta segundo a qual o processo penal seria um *instrumento de segurança pública* e não uma garantia da pessoa contra o poder punitivo estatal.

Para Rubens R.R. Casara (2015b), há uma característica comum em todos os regimes autoritários, “ainda que se apresentem travestidos de Estados de Direito: a de transformar o processo penal em um instrumento de segurança pública/‘pacificação social’”.

Nesse sentido, a mais nefasta consequência de se adotar a premissa segundo a qual o processo penal seria um instrumento de segurança pública é a proposta de *relativização das garantias* processuais do indivíduo implementada por um sistema de justiça criminal que se proponha a *combater* a criminalidade, a impunidade e a ineficiência do poder punitivo.

É preciso deixar claro que, segundo a teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2002), o processo penal jamais poderia ser encarado como instrumento de segurança pública ou pacificação social. Tal concepção apresenta consequências autoritárias nefastas para o sistema de justiça criminal, conforme descreve Rubens R. R. Casara (2015a, p. 196):

> A partir desse mito, os atores jurídicos preocupam-se precipuamente com critérios de eficiência, tão ao gosto de visões economicistas, passando a acreditar que as formas (meios) processuais só se justificam e devem ser respeitadas, se necessárias à eficiência punitiva. [...] O mito de que o processo penal é instrumento de segurança pública (e/ou de pacificação

> social) revela-se funcional aos movimentos repressivistas (ideologia law and order, broken windows theory, política de tolerância zero, e similares) e à opção política pela 'gestão penal da pobreza', ou seja, pela construção de um estado penal, correlato ao desmonte das políticas sociais do Welfare State.

Portanto, o mito do processo penal como instrumento de segurança pública é construído a partir de uma visão autoritária segundo a qual o sistema penal seria instrumento eficaz para proteger os bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade.

Ao tratarmos da epistemologia inquisitiva, apresentamos os modelos de processo penal autoritário, modelos de direito penal autoritário e modelos punitivos irracionais. Todos esses modelos inquisitivos sustentam-se na premissa de que o sistema penal seria um mecanismo eficaz na tutela de bens jurídicos, o que segundo um raciocínio utilitarista poderia levar o Estado a violar garantias individuais em nome da defesa de um bem jurídico coletivo.

> O discurso liberal de estar o direito penal voltado ao respeito da legalidade e da igualdade, na tutela dos principais interesses e valores da sociedade (bens jurídicos), ficou localizado no plano das funções declaradas, pois a beligerância continuou sendo a constância do sistema repressivo (função real), ou seja, a justificativa de excepcionalidade da violência institucional restou permanente. Desta forma, a retó- rica humanista acabou adquirindo papel dissimulador à programação autoritária. (Carvalho, 2008, p. 254)

O processo penal de exceção compartilha da mesma estrutura lógica autoritária: a *função declarada* segundo a qual o sistema penal seria responsável por proteger bens jurídicos e, portanto, garantir a segurança pública e a pacificação social. Todavia, o traço específico que caracteriza o processo penal de exceção é o emprego dessa mesma premissa como justificativa para se *flexibilizar* direitos fundamentais e garantias individuais de um grupo específico de pessoas.

Não existem dois ordenamentos jurídicos penais, tal como a proposta do direito penal do inimigo (Jakobs, 2008). Como as normas jurídicas são as mesmas, o que determina a perseguição dos inimigos e a proteção dos amigos é a manipulação jurídico-midiática de um processo penal empregado como medida de exceção.

Portanto, a premissa inicial para descortinar esse fenômeno é a substituição da lógica garantista da retributividade pela lógica bélica da combatividade.

Na guerra instaurada pelo processo penal de exceção, a pena privativa de liberdade deixa de ser uma sanção aplicada em razão da prática de uma conduta tipificada em lei como crime (um *meio de prevenção* segundo a lógica da retribuição) e passa a ser o objetivo de um combate travado contra inimigos do mercado (um *meio de eliminação* segundo a lógica da guerra).

Conforme observa Maria Lúcia Karam (1997, p. 67), a punição criminal "só se explica — e só pode se explicar — em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder". Na sociedade brasileira contemporânea, o mecanismo violento de manutenção e reprodução do poder é um processo penal manipulado como medida de exceção.

A relação de causa e efeito entre prisão e crime dá lugar à punição seletiva da humanidade descartável (criminalização da pobreza: classes populares) ou inconveniente (criminalização da resistência: políticos, intelectuais e empresariado nacional) aos interesses da racionalidade neoliberal. O paradigma da prevenção e minimização da violência é substituído pelo discurso da eliminação pelo combate violento. O próprio Luigi Ferrajoli (2002, p. 298) antevia a possibilidade de manipulação utilitarista da finalidade de prevenção da pena criminal:

> Desta forma, a ideia utilitarista de prevenção, quando apartada do princípio de retribuição, tem-se transformado num dos principais ingredientes do moderno autoritarismo penal, associando-se às doutrinas correcionalistas da defesa social e da prevenção especial e legitimando as tentações subjetivistas nas quais, como veremos, nutrem-se as atuais tendências em favor do direito penal máximo.

Embora a guerra se realize envolta na roupagem institucional e democrática do processo penal, não são raras as ocasiões em que autoridades responsáveis pela repressão criminal naturalizam o cenário de guerra. No início do

ano de 2018, o ministro da justiça Torquato Jardim declarou que o país estava em guerra contra inimigos internos.[134]

Em entrevista concedida no dia 22 de fevereiro de 2018, o então o ministro da justiça Torquato Jardim afirmou:

> Não há guerra que não seja letal [...]. Nessa guerra assimétrica, você não sabe nem quais são os recursos necessários, não sabe quantos homens são necessários e qual arma usar. Quantos eu preciso para a Rocinha? Não sei. [...] Você está no posto, mirando à distância, na alça da mira aquele guri que já saiu quatro, cinco vezes, está com a arma e já matou uns quatro. E agora? Tem que esperar ele pegar a arma para prender em flagrante ou elimino à distância? Ele é um cidadão sob suspeita porque não está praticando o ato naquele momento ou é um combatente inimigo? (Jardim, 2018).

Não se trata de um pensamento isolado. Na mesma época, o ministro da defesa Raul Jungmann sustentou que o crime organizado mereceria tratamento distinto do crime comum, inclusive mediante o emprego de táticas de guerra tais quais a violação do sigilo de comunicação entre o advogado e o representado.

Em entrevista publicada no dia 31 de janeiro de 2018, o ministro Raul Jungmann declarou:

> Ou bem cortamos este fluxo ou a situação permanecerá como está. E aqui não se trata de criminalizar ou demonizar os advogados, mas advogado que trabalha com o crime organizado é diferente daquele que [trabalha com quem] comete um delito. Ou você corta este fluxo ou todos os grandes criminosos vão manter a hierarquia e continuar a aterrorizando a cidade. Então é preciso cortar este fluxo (Jungamnn, 2018).

Portanto, o processo penal passa a ser encarado como *guerra contra o crime e a impunidade*. Na realidade, é impossível combater tais categorias abstratas, então a verdadeira guerra empreendida pela persecução penal tem o objetivo de eliminar grupos de pessoas inúteis ou indesejáveis ao mercado, que passam a ser

---

[134] "Quatro dias depois de o presidente Michel Temer ter decretado o início da intervenção do governo federal na segurança pública do Rio de Janeiro, o ministro da Justiça, Torquato Jardim, disse que o Brasil está 'em guerra' contra 'inimigos' internos". Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/20/Ministro-diz-que-Rio-está-em-guerra.-Quais-seriam-as-regras-se-estivesse>. Acesso em 26 jun. 2018.

apontados como *inimigos*. O discurso punitivista que anuncia combater a impunidade é um embuste destinado a manipular a opinião pública criando justificativas para violação dos direitos e garantias dos inimigos.

Com efeito, a aproximação entre o sistema penal e a forma da guerra civil é desenvolvida por Michel Foucault. Em *Sociedade punitiva*, curso proferido no *Collège de France* durante os anos de 1972 e 1973, precedente ao estudo compilado na obra *Vigiar e punir*, o autor investiga a instauração dos primeiros códigos penais (principalmente o Código Penal de 1810, na França). Tais diplomas evidenciariam a *guerra social* em curso naquela época na forma de um sistema penal "que não é nem universal nem unívoco, mas é feito por uns para os outros; a estrutura da vigilância universal; e o sistema de reclusão" (Foucault, 2015, p. 24).

A abordagem foucaultiana contrapõe a guerra civil — como confronto entre elementos coletivos (parentes, clientelas, religiões, etnias, classes etc.) — à concepção da guerra de todos contra todos quando em um estado de natureza, conforme a teoria do contrato social elaborado por Thomas Hobbes. Sob essa perspectiva, rompe-se com a teoria hobbesiana de que o soberano seria o único com poder de instaurar a ordem social.

> A guerra civil desenrola-se no teatro do poder. Não há guerra civil a não ser no elemento do poder político constituído; ela se desenrola para manter ou para conquistar o poder, para confisca-lo ou transformá-lo. Ela não é o que ignora ou destrói pura e simplesmente o poder, mas sempre se apoia em elementos do poder (Foucault, 2015, p. 28).

Nesse cenário, haveria a reativação do poder, mais precisamente de certos fragmentos do poder, em meio à guerra civil que constantemente transforma, confisca e restabelece os elementos do poder. O "criminoso", a partir do século XVIII, passa a ser entendido como aquele que ativa a guerra de um contra todos, aquele que entra em guerra contra a própria sociedade. Nesse sentido, a punição não seria um mero reparo ao prejuízo causado, mas uma medida de proteção à sociedade soberana contra um perigo civilizatório (Foucault, 2015, p. 31).

O criminoso como "inimigo social" terá decodificado, em meio à prática penal, diversos processos políticos e econômicos que permitiram esta nova

redundância e julgamento. Os fisiocratas, por exemplo, associarão o ato de vaguear à delinquência, pelo simples fato de não se ter uma terra fixa e um trabalho determinado, ocasionando em diversas consequências econômicas negativas para a população como um todo. Já na teoria jurídica, a delinquência será vista como pequenos atos sucessivos e contínuos que aumentam naturalmente.

No contexto do processo penal de exceção brasileiro próprio da década de 2010, podemos ressignificar o arcabouço teórico de Carl Schmitt para explicar como o *jus belli* — ou seja, a possibilidade de identificar por sua própria decisão o inimigo a ser combatido — passou a ser exercido por meio de um processo penal destinado a eliminar os inimigos identificados no interior da própria sociedade.

Conforme a concepção política schmittiana, não haveria espaço para um Estado pluralista. Ao contrário, a unidade soberana do povo pressuporia a igualdade característica de uma comunidade homogênea, razão pela qual o pluralismo equivaleria à própria negação da soberania estatal.

Se a homogeneidade de um povo deixasse de existir, seria eliminado também o elemento político. Assim, o Estado seria uma unidade caracterizada pela distinção do povo em relação ao inimigo, o que é absolutamente incompatível com uma concepção social plural.

> De acordo com Schmitt, existe uma unidade política e ela é soberana se possui competência para decidir no caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional. Ou é a unidade política quem decide sobre a distinção amigo/inimigo e é soberana neste sentido, ou não existe a unidade política soberana. Deste modo, o Estado, em sua condição essencialmente política, tem a possibilidade real de determinar por sua decisão soberana quem é o inimigo e combatê-lo. Em última análise, tem a possibilidade de declarar guerra e de dispor abertamente da vida das pessoas. O objetivo do Estado é produzir dentro de seu território uma pacificação completa, pressuposto necessário para a vigência do direito. Consequentemente, o Estado, como unidade política, e enquanto existir como tal, tem a capacidade para determinar por si mesmo quem é amigo e quem é inimigo. Enquanto um povo existir na esfera do político, ele terá que decidir por si mesmo, mesmo que seja um caso extremo (e ele terá que decidir também sobre a existência ou não do estado de exceção) quem é amigo e quem é inimigo. Isto, para Schmitt, faz parte de sua

> essência política. Se ele não tiver essa capacidade, deixa de existir politicamente (Bercovici, 2004, p.72).

O *jus belli* é conceituado por Carl Schmitt (2009b, p. 65) como a possibilidade de declarar a guerra, o que exigiria uma dupla disposição: “significa la doble posibilidad de requerir por una parte de los miembros del propio pueblo la disponibilidad para matar y ser muertos, y por la otra de matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo”.

Nesse contexto, o *jus belli* pertenceria ao Estado enquanto unidade essencialmente política. Em outras palavras, a possibilidade real de nomear por sua própria decisão o inimigo a ser combatido é o que caracterizaria a soberania de um povo unido politicamente, pronto para lutar por sua existência e independência contra o inimigo.

Assim, o objetivo de uma unidade política seria produzir no interior do Estado as condições normais de tranquilidade, segurança e ordem, de modo que o ordenamento jurídico possa ser aplicado regular e integralmente. Essa necessidade de manutenção da homogeneidade e paz social justificaria a perseguição de *inimigos internos*, uma forma declarada de hostilidade no interior do Estado que deflagraria a guerra civil para que o futuro da unidade política seja definido.

> Esta necesidad de pacificación dentro del Estado tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al «enemigo interior». [...] Según sea el comportamiento del que ha sido declarado enemigo del Estado, tal declaración será la señal de la guerra civil, esto es, de la disolución del Estado como unidad política organizada, internamente apaciguada, territorialmente cerrada sobre sí e impermeable para extraños. La guerra civil decidirá entonces sobre el destino ulterior de esa unidad (Schmitt, 2009b, p. 76).

Não se coloca o *jus belli* em uma dimensão normativa ou teórica, mas sim em um sentido existencial, pois a guerra é caracterizada pela luta armada, pelo conflito destinado à eliminação física, que exige prontidão para matar o inimigo que divide o povo. Nesse ponto, Carl Schmitt vincula a força de um povo à capacidade de atuação na esfera do político.

Em outras palavras, a possibilidade de declarar a guerra seria a capacidade de nomear e combater o inimigo, uma condição indispensável à soberania de um Estado. Para o autor (Schmitt, 2009b, p. 82), se o povo se despolitizar e renunciar ao *jus belli*, haverá sempre outro povo disposto a assumir a função de protegê-lo contra inimigos externos, caracterizando-se a *dominação política* pela obediência em troca de proteção. Assim é que a renúncia à esfera do político não faria com que a política sumisse do mundo, o que desapareceria seria apenas um povo fraco.

Ao definir a essência da política como a unidade de um povo contra seu inimigo, conclui-se pela impossibilidade de um Estado mundial que englobe toda a humanidade. “El mundo político es un pluriverso, no un universo” (Schmitt, 2009b, p. 83). Por essa razão, a concepção política schmittiana exclui a noção de direitos humanos universais enquanto existir a possibilidade real de conflitos. Somente em um mundo sem fronteiras poderia haver unidade política capaz de abrigar a noção de humanidade universal.

> La humanidad como tal no puede hacer una guerra, pues carece de enemigo, al menos sobre este planeta. El concepto de la humanidad excluye el del enemigo, pues ni siquiera el enemigo deja de ser hombres, de modo que no hay aquí ninguna distinción específica. [...] Tal universidad implicaría sin embargo una completa despolitización, y con ello, si se ha de ser mínimamente consecuente, la falta de Estados. (Schmitt, 2009b, p. 84-5)

Nesse passo, o autor denuncia a manipulação relacionada ao desvirtuamento de conceitos tais como *humanidade*, *justiça* e *paz* enquanto instrumentos ideológicos úteis para a expansão imperialista. São rótulos capazes de ocultar as práticas reais de dominação, impedindo um pensamento político claro e desmoralizando o inimigo.

Dessa forma, o *império do direito* é caracterizado por Carl Schmitt (2009b, p. 95) como a legitimação de um determinado *status quo* cuja manutenção interessa apenas a quem desfruta de poder político ou vantagem econômica. O império ou soberania do direito significaria apenas o império ou soberania dos homens que podem apelar ao direito superior e decidir sobre o seu conteúdo. Ou seja, “la soberanía

del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas".

Enxergada pelas lentes contemporâneas, a proposta de Carl Schmitt é capaz de explicar a transformação do processo penal brasileiro. Ao invés de uma *garantia do indivíduo* contra o poder punitivo, o processo penal passa a ser instrumento do poder punitivo *contra o indivíduo*.

Essa inversão de valores é legitimada por um discurso fascista de manutenção da homogeneidade e paz social que justificaria o combate de *inimigos internos*, à moda do *jus belli* descrito por Carl Schmitt. Uma vez que os alvos do sistema criminal devem ser eliminados para assegurar a paz dos *cidadãos de bem*, seus direitos fundamentais e garantias individuais passam a ser enxergados como obstáculos à eficiência do poder penal.

Mas, qual o propósito dessa guerra? A lógica bélica deve ser compreendida no contexto da racionalidade neoliberal. O problema do neoliberalismo seria "saber como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado" (Foucault, 2008b, p. 181). Desse modo é que o fenômeno neoliberal consistiria numa atividade de intervenção permanente, muito mais do que sob o *laissez-faire* do liberalismo clássico, pois há um interesse direto na ação governamental.

> O problema, em linhas gerais, do liberalismo do século XVIII – início do século XIX, era, como vocês sabem, demarcar entre as ações que deviam ser executadas e as ações que não deviam ser executadas, entre as áreas em que se podia intervir e as áreas em que não se podia intervir. Era a demarcação das agenda/non agenda. Posição ingênua aos olhos dos neoliberais, cujo problema não é saber se há coisas em que não se pode mexer e outras em que se tem o direito de mexer. O problema é saber como mexer. É o problema da maneira de fazer, é o problema, digamos, do estilo governamental (Foucault, 2008b, p. 184).

Esse estilo governamental não se preocuparia com os efeitos do mercado, mas sim com a maneira pela qual se intervém na própria sociedade, pois o objeto da ação governamental é o ambiente social. É a sociedade que deve ser regulada pelo

mercado, pois se trata de submetê-la à dinâmica concorrencial de maneira que a lógica empresarial prevaleça e se multiplique em seu funcionamento.

Assim, a forma empresa instrumentaliza toda a política neoliberal, fazendo "do mercado, da concorrência e, por conseguinte, da empresa o que poderíamos chamar de poder enformador da sociedade" (Foucault, 2008b, p. 203). E quanto mais a sociedade torna-se empresarial, maior é também a exigência de uma arbitragem jurídica, tendo em vista que o judiciário "enforma" o econômico na tentativa de renovar o capitalismo por meio da introdução dos princípios do Estado de direito na legislação econômica.

Para Rubens R.R. Casara (2017, p. 39-40), a ascensão da razão neoliberal teria levado ao estabelecimento do Estado Pós-Democrático. Nesse cenário, o mercado seria o principal regulador do mundo-da-vida. Por sua vez, os bens, as pessoas, os princípios e as regras passariam a ser valorizados apenas na condição de mercadorias. "Deu-se a máxima desumanização inerente à lógica do capital, que se fundamenta na competição, no individualismo e na busca do lucro sem limites".

O elemento central dessa pós-democracia seria a mercantilização explícita das pessoas e dos valores humanos no contexto de um Estado que se afirma democrático. O conjunto de direitos e garantias fundamentais passa a ser analisado sob a ótica utilitarista de consumo,

> O que caracteriza a pós-democracia, portanto, não é que pessoas e valores sejam tratados como mercadorias, mas o fato de essa utilização se dar explicitamente, de forma cínica, sem pudor e sem qualquer limite (jurídico, ético etc.) em um Estado que se afirma democrático. [...] Na pós-democracia não existem obstáculos ao exercício do poder: os direitos e as garantias fundamentais também são vistos como mercadorias que alguns consumidores estão autorizados a usar. Da mesma maneira que judeus se converteram ao cristianismo para escapar da Inquisição (os 'cristãos-novos'), direitos, garantias e tudo aquilo que antes era considerado inegociável foram transformados em mercadorias ('mercadorias-novas') em nome do neoliberalismo, um fundamentalismo que só não pode ser tratado como 'religião' porque nele não há espaço para o perdão e expiação, isso porque a fé neoliberal só reconhece a existência de dívidas e culpas (Casara, 2017, p. 41).

Sobre a contradição das práticas reais vinculadas à racionalidade neoliberal face à Constituição de 1988, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1091) destaca o papel da mídia e, incongruentemente, das próprias classes produtoras de nosso país, que viriam a suportar as consequências num horizonte não muito distante:

> Pois foi em explícita contradita a este movimento ascensional da humanidade, representado pelo Estado Providência, e esplendorosamente consagrado na Constituição brasileira de 1988, que, por volta dos anos 1970, irrompeu um assim rotulado "neoliberalismo", o qual, prevalecendo-se das condições propícias dantes mencionadas e que o salvaguardavam de qualquer oposição consistente, expandiu-se irrefreavelmente em despeito dos males que, em curto prazo, conseguiu causar. As ideias por ele preconizadas contaram sempre com um forte apoio da "mídia" (o que é compreensível) e, incongruentemente, também com a adesão ingênua, quase infantil, das próprias classes produtoras no interior dos países subdesenvolvidos. Esta última adesão foi assim qualificada porque, à toda evidência, contrariava os interesses de afirmação e expansão do empresariado nacional, já que a abertura de mercados os expunha a uma concorrência que não tinham como enfrentar.

A farsa do neoliberalismo seria anunciar-se como nova roupagem das doutrinas liberais clássicas para ocultar a sua essência de generalização da vigilância social e do poder estatal. Para Michel Foucault (2008b, p. 180), o neoliberalismo assumiria a forma de "cobertura para uma intervenção generalizada e administrativa do Estado".

Nesse sentido, a face mais autoritária e violenta da intervenção estatal para assegurar a racionalidade neoliberal é o poder penal. O Estado passa a atuar orientado pelo propósito de eliminar um grande contingente humano que não é absorvido pelo mercado porque não tem condições de consumir e — diante do desenvolvimento tecnológica que caracteriza o mais-valor relativo (Marx, 2017, p. 227) e das novas formas de reprodução da riqueza — sequer interessa aos donos do poder econômico como mão de obra barata.

Embora Carl Schmitt não tenha assistido à hegemonia da racionalidade neoliberal[135], o autor já antevia a possibilidade da substância política ser determinada por qualquer fator que assumisse concretamente a missão de identificar o inimigo, inclusive o poder econômico: “se as forças opositoras econômicas, culturais ou religiosas forem tão fortes a ponto de, por si sós, determinarem a opção acerca do caso de guerra, estas tornam-se justamente a nova substância da unidade política” (Schmitt, 1992, p. 65).

O *jus belli* passou do âmbito estatal para as mãos (invisíveis?) do mercado. Quem exerce o poder soberano na contemporaneidade e nomeia o inimigo a ser eliminado pelo poder penal é uma elite que detém o capital financeiro e se apropriou do aparelho estatal e dos meios de comunicação para perseguir assegurar a concentração de riquezas e impor seus privilégios.

Em síntese, com o implemento de novas tecnologias e diante da concentração de capital que produz níveis insustentáveis de exclusão social, as forças econômicas do mercado assumiram o controle do sistema de justiça criminal e um grande contingente populacional passou ser descartado. Existem dois grupos bem definidos como alvos do processo penal de exceção brasileiro na década de 2010: os *excluídos inúteis (criminalização da pobreza)* e os *incluídos inconvenientes (criminalização da resistência)*.

Como aponta Rubens R.R. Casara (2017, p. 50), no neoliberalismo “há apenas mercadorias e a elas deve ser atribuído um valor de troca. O resto, aquilo que não tem valor positivo de uma mercadoria, deve ser eliminado”.

> Ou seja, a razão neoliberal leva a um regime complexo que é liberal em relação aos detentores do poder político e econômico, público para o qual vigora o *laissez-faire*, e, ao mesmo tempo, busca anestesiar ampla parcela da população com promessas de consumo, enquanto, para os indesejáveis, os indivíduos ou grupos que ‘não prestam’ segundo a razão neoliberal, reserva medidas penais de controle e exclusão, em uma espécie de paternalismo punitivo (Casara, 2017, p. 186).

[135] Para o autor (Schmitt, 2009, p. 58), “en el dominio económico no existen enemigos sino únicamente competidores, y que en un mundo moralizado y reducido por completo a categorías éticas quizá ya no habría tampoco otra cosa que oponentes verbales”

O combate deflagrado no campo de batalha do processo penal é oculto por um verniz institucional que pretende camuflar as arbitrariedades praticadas pelo sistema de justiça como se mera aplicação da lei fossem. A narrativa oficial veiculada pelos grandes meios de comunicação anuncia o funcionamento das instituições democráticas e a mera aparência de legalidade como forma de ocultar e legitimar a essência autoritária das perseguições penais.

As práticas concretas do sistema de justiça passam a se orientar pela *voz das ruas*, que se confunde com a voz dos controladores dos veículos de comunicação de massa. Nesse roteiro encomendado sob medida para atender aos interesses da racionalidade neoliberal, esvazia-se de sentido a Constituição Federal e abandonam-se os limites legais.

Há uma contrafação do modelo constitucional que define o processo penal como uma forma de linguagem destinada à *apuração* concreta de uma conduta individualizada mediante aplicação das garantias constitucionais ao investigado ou acusado, assumindo-se o modelo de *combate* ao inimigo segundo táticas de guerra legitimadas pela manipulação da opinião pública(da).

Reeditando o alerta de Tobias Barreto (1996, p. 50), segundo o qual "quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra", o processo penal de exceção indica que a busca pelos fundamentos jurídicos, racionais ou constitucionais da persecução criminal brasileira na contemporaneidade nos leva inevitavelmente ao encontro do fundamento jurídico da guerra.

4.3.2. Antiprincípio da aclamação

> *"A opinião pública é a forma moderna da aclamação".*
> — Carl Schmitt[136] —

[136] "La opinión pública es la forma moderna de la aclamación" (SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 241).

Julgamentos morais em pele de condenações jurídicas.

O processo penal de exceção desenvolve-se pelo esvaziamento de sentido das normas jurídicas. Enquanto o garantismo condiciona a intervenção penal aos limites legais, a guerra deflagrada pelo sistema de justiça criminal no Brasil contemporâneo promove a violação dos direitos fundamentais e garantias individuais por medidas de exceção, que fraudam a Constituição apelando ao clamor popular manipulado pelos meios de comunicação de massa.

De acordo com a epistemologia da exceção que temos construído na presente tese, o axioma fundamental "A2 – *Nullum crimen sine lege*" (princípio da legalidade) é fraudado pela máxima "A'2 – *Não há guerra sem aclamação*" (antiprincípio da aclamação).

Vimos que no modelo garantista o princípio da *legalidade* responde à questão sobre "*como punir*" a partir do mandamento segundo o qual a responsabilidade penal está condicionada à existência de lei anterior à prática da conduta, que formule escrita e precisamente os elementos objetivos e subjetivos da ação ou omissão proibida. Por sua vez, no processo penal de exceção a questão a ser respondida é: *como eliminar* os inimigos?

Conforme a teoria de Luigi Ferrajoli, um sistema penal ideal só admitiria a punição nos estritos limites da legislação. O processo penal como medida de exceção subverte essa lógica: os operadores do sistema de justiça deixam de ser aplicadores da lei e passam a agir como agentes da moral, obstinados a alcançar um resultado preconcebido como justo, mesmo que para isso seja preciso violar direitos e garantias apelando à opinião pública(da).

No processo penal de exceção, promove-se a substituição da legalidade pela aclamação no âmbito penal. O sistema de justiça criminal idealmente concebido pela Constituição como modelo de *direito penal mínimo*, segundo o qual as pessoas são *punidas* em conformidade com a *lei*, dá lugar a um modelo de *processo penal*

máximo em que as pessoas são controladas, aprisionadas e *eliminadas* por medidas de exceção que apelam à voz das ruas como justificativa para violar direitos e garantias dos inimigos a pretexto de *combater o crime*.

Para Carl Schmitt (1982), a *aclamação* seria a forma natural de manifestação de vontade de um povo. Aclamar pode assumir vários significados[137], mas a proposta schmittiana é que o povo, enquanto grupo homogêneo de indivíduos ligados pelo propósito de combater um inimigo, deveria se reunir em multidão para tomar as decisões relevantes.

Nesse passo, aclamação equivaleria a um grito de aprovação ou rejeição da massa reunida em torno de propostas ou lideranças políticas (Schmitt, 2001, p. 62). Para o autor, a homogeneidade do povo depende da aprovação de um líder e da identificação do inimigo social, de modo que "la forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la *aclamación*" (Schmitt, 1982, p. 100).

A aclamação simbolizaria o consentimento do povo. Segundo a teoria decisionista schmittiana, o processo eleitoral das democracias burguesas violaria a essência política por isolar o eleitor da multidão.[138] Diante disso, "Schmitt opõe a votação individual em escrutínio secreto, própria das democracias contemporâneas, à expressão imediata do povo reunido, própria da democracia 'pura' ou direta, e, ao mesmo tempo, vincula constitutivamente povo e aclamação" (Agamben, 2011, p. 111).

Portanto, o povo se expressaria pura e imediatamente como poder democrático constituinte quando "grita viva ou abaixo, exulta ou impreca, derruba alguém e proclama um outro como chefe, consente com uma deliberação com uma palavra qualquer ou nega sua aclamação com o silêncio" (Schmitt, 2001, p. 62).

---

[137] A aclamação podia ter várias formas, que Peterson examina pormenorizadamente: votos de vitória (*nika*, *vincas*), de vida e fecundidade (*vivas*, *floreas*, *zēs*, *felicissime*), de longa vida (*polla ta etē, eis aiōnas, de nostris annis augeat tibi Iuppiter annos*), de força e salvação (*valeas, dii te nobis praestent, te salvo salvi et securi sumus*), invocação e prece (*kyrie, kyrie sōzōn, kyrie eleēson*), aprovação e aplauso (*axios, dignum et iustum esti, fiat, amen*). As aclamações eram muitas vezes ritualmente repetidas e, às vezes, moduladas (Agamben, 2011, p. 110).

[138] "Pues la regulación constitucional de la actual Democracia burguesa ignora por completo las auténticas asambleas populares y aclamaciones […] El sufragio secreto significa que el ciudadano que vota se encuentra aislado en el momento decisivo. De esta manera se hace imposible la asamblea del pueblo presente y toda especie de aclamación, quedando por completo rota la vinculación entre el pueblo reunido y la votación." (Schmitt, 1982, p. 239).

Em última instância, caberia a essa multidão decidir pela vigência ou pela suspensão da Constituição através da decisão de seu líder. Os tempos de paz seriam caracterizados pelo silêncio do povo traduzido em assentimento das normas constitucionais. Todavia, diante de situações extraordinárias a multidão poderia rejeitar a Constituição com o propósito de combater o inimigo.

> Pero siempre puede el pueblo decir *sí o no*, asentir o rechazar; y su *sí o no* será tanto más sencillo y elemental cuanto más se trate de una decisión fundamental sobre la propia existencia común. En tiempos de orden y paz, semejantes manifestaciones son raras e innecesarias. El que no se dé a conocer ninguna manifiesta y especial voluntad, significa precisamente asentimiento para que subsista la Constitución presente. En tiempos críticos, el *no* que se dirige contra una Constitución existente será claro y decisivo sólo como negación, en tanto que la voluntad positiva no es tan segura (Schmitt, 1982, p. 100).

Isso posto, é preciso destacar que as aclamações mais conhecidas no século XX foram *Heil Hitler* na Alemanha nazista e *Duce duce* na Itália fascista. A multidão que ocupava as ruas legitimava as práticas autoritárias conduzidas pelas lideranças políticas aclamadas contra a Constituição.

O Brasil contemporâneo é cenário de práticas autoritárias que apresentam essa mesma estrutura de legitimação do poder por aclamação, traduzida em discursos atualizados à complexidade social dos nossos tempos. A autoridade da Constituição é substituída pela voz da multidão reunida em torno de lideranças carismáticas que se declaram portadoras de uma moralidade superior.

Esse fenômeno da sociedade brasileira contemporânea é bem ilustrado na fala do deputado federal mais votado da história do país, Eduardo Bolsonaro. Em vídeo divulgado nas mídias digitais[139], o então candidato a uma vaga no Congresso Nacional afirmou que o Supremo Tribunal Federal poderia ser fechado sem qualquer dificuldade pelos militares, pois a verdadeira legitimidade estaria na aclamação social:

> Se o STF arguir qualquer coisa... Sei lá, que recebeu uma doação ilegal de 100 reais do José da Silva... E impugna a candidatura dele... Eu não acho isso improvável, mas aí vai ter que pagar para ver. Será que eles vão ter essa força mesmo? O

[139] Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/21/politica/1540142442_181625.html>. Acesso em 22 out.2018.

> pessoal até brinca que para fechar o STF você não manda nem um jipe, manda um soldado e um cabo. [...] Se você prender um ministro do STF, você acha que vai ter uma manifestação popular? Milhões na rua? Dizendo: solta o Gilmar! Solta o Gilmar! [...] É igual soltar o Lula, o Moro peitou um desembargador que está acima dele. Por quê? Porque o Moro "tá" com moral pra cacete.

A premissa para compreensão desse fenômeno é identificar os nossos *mecanismos de aclamação* próprios do nosso tempo. Nesse sentido, Carl Schmitt (1982, p. 241) já apontava que a *aclamação* se transformou em *opinião pública* nos Estados modernos:

> La opinión pública es la forma moderna de la aclamación. Es quizá una forma difusa, y su problema no está resuelto ni para la Sociología, ni para el Derecho político. Pero su esencia y su significación política estriban en que puede ser interpretada como aclamación. No hay ninguna Democracia, ni ningún Estado, sin opinión pública, como no hay ningún Estado sin aclamación.

O autor reconhece que em toda democracia haveria atuação de partidos, oradores, demagogos, bem como da imprensa, filmes e outros métodos ideológicos de manipulação das grandes massas. Desse modo, alerta para o perigo de que "la opinión pública y la voluntad del pueblo sean dirigidas por fuerzas sociales invisibles e irresponsables" (Schmitt, 1982, p. 241).

Todavia, a resposta schmittiana para essa crise estaria na substância essencial do seu conceito de *democracia*. Assim, Carl Schmitt propõe que o perigo de manipulação da opinião pública no processo de aclamação seria controlável desde que o povo conseguisse manter sua homogeneidade e a consciência política de identificar os inimigos.

O cenário da sociedade brasileira dos nossos tempos retrata a consagração do alerta schmittiano para o perigo de forças sociais invisíveis e irresponsáveis dirigirem a opinião pública(da) no país, fabricando pseudoconsensos e anulando a consciência política do povo num espetáculo alienante.

Ao tradicional espetáculo midiático promovido por meios de comunicação de massa concentrados nas mãos de algumas poucas famílias no Brasil e sem

regulamentação estatal, acrescenta-se um novo elemento: a difusão de *fake news* nas mídias digitais e redes sociais. Num país que tem mais linhas ativas de celular do que habitantes[140], onde o aplicativo *WhatsApp* atingiu a marca de cento e vinte milhões de usuários[141], a manipulação orquestrada virtualmente é tema cada vez mais relevante.

Uma vez fixada a premissa de que a aclamação contemporânea assumiu a forma da opinião pública, é preciso investigar quais são as forças sociais invisíveis que controlam a voz do povo. A desregulamentação da mídia (tradicional e digital) no Brasil é terreno fértil para a atuação soberana do poder econômico, que homogeneíza o discurso oficial segundo os interesses elitistas.

Nesse passo, o processo penal de exceção subverte a estrutura do poder soberano apresentada por Carl Schmitt — segundo a qual um povo homogêneo identificaria o inimigo pela aclamação — para ocultar os interesses das classes superiores apresentando-os como se opinião pública fossem. A alienação da sociedade brasileira é resultado da negação ao direito de educação e da manipulação do discurso midiático (convencional e difuso), produzindo-se a aclamação das práticas de um sistema de justiça que responde apenas aos interesses elitistas alinhados à racionalidade neoliberal.

Por consequência, temos um sistema de justiça que deixou de aplicar as normas jurídicas, especialmente os direitos fundamentais e garantias individuais, para vincular-se à opinião pública(da), ao discurso midiático — tradicional dos meios de comunicação de massa ou orquestrado virtualmente no submundo das mídias digitais —, mas sempre encomendado pelos donos da riqueza, ao que se convencionou chamar de *voz das ruas*:

> No Brasil, para satisfazer “as vísceras comunitárias” e atender à “voz das ruas”, atores jurídicos passaram a desconsiderar direitos e garantias fundamentais, vistos não como conquistas civilizatórias, mas como obstáculos à eficiência do Estado. No lugar da busca pela verdade (respeitados os limites jurídicos e éticos), surgem construções narrativas adequadas ao que o julgador afirma ser a “voz das ruas”, mas que muitas vezes não

[140] Disponível em <https://www.valor.com.br/empresas/5635033/numero-de-celulares-no-pais-recua-quase-7-milhoes-em-maio-diz-anatel>. Acesso em 20 out.2018.
[141] Disponível em <https://tecnoblog.net/252119/facebook-127-milhoes-usuarios-brasil/>

> passa de uma estratégia discursiva para decidir contra a lei ou a doutrina (Casara, 2017e).

Nesse passo, a categoria das *medidas de exceção* adotada nessa tese foi desenvolvida por Pedro Estevam Serrano (2016a). O autor identifica que o regime político das sociedades ocidentais dos nossos tempos é marcado por um novo paradigma autoritário que se realiza (não por *governos de exceção* ou ditaduras aparentes, mas) por *medidas de exceção* específicas e pontuais, que ocultam seu conteúdo autoritário em uma roupagem democrática. A guerra contra o inimigo é envolta do discurso institucional do sistema de justiça na era do autoritarismo líquido (Serrano, 2018b).

Nos governos de exceção do século XX, instaurava-se a anomia pela suspensão dos direitos destinada ao combate do inimigo e justificada por um discurso de provisoriedade e medo. A finalidade declarada de preservação da paz justificaria o autoritarismo durante um breve período. Portanto, a declaração da exceção significava suspensão provisória dos direitos e do próprio ordenamento jurídico, suprimindo-se a condição humana e a proteção jurídico-política de todos os cidadãos com o objetivo de eliminar os inimigos.

Entretanto, o autoritarismo contemporâneo é realizado por estruturas mais complexas. Se no século passado as ditaduras operavam por mecanismos explícitos de suspensão dos direitos indistintamente a todos os cidadãos, justificada pelo discurso da provisoriedade a pretexto de enfrentar situações extraordinárias de perigo, as democracias ocidentais do século XXI estão contaminadas por *medidas de exceção* tirânicas, pontuais e seletivas.

Não se anuncia uma ruptura democrática formal, mas apenas a *suspensão* dos direitos e liberdades individuais dos inimigos, que passam a ser violados em atos fraudulentos que se anunciam como *relativizações*. Desse modo, a suspensão formal do ordenamento jurídico por um ato universal do ditador soberano (estado de exceção no século XX) dá lugar à suspensão pontual dos direitos do inimigo implementada por atos do sistema de justiça (medidas de exceção no século XXI).

Assim, o exercício do poder na contemporaneidade não poderia ser analisado simplesmente a partir de uma lógica conceitual binária que aponte

democracia e ditadura como extremos absolutos. O autoritarismo se reinventou no século XXI para camuflar *medidas de exceção* em estruturas formalmente democráticas.

> Resta algo da ditadura em nossa democracia que surge na forma do Estado de exceção e expõe uma indistinção entre o democrático e o autoritário no Estado de direito. A violência originária de determinado contexto político mantém-se seja nos atos ignóbeis de tortura ainda praticados nas delegacias, seja na suspensão dos atos de justiça contida no simbolismo da anistia, aceita pelas instituições do Estado como recíproca, agindo em favor das vítimas e dos opositores, bem como dos torturadores. A memória de tais atos, por terem sido silenciados nos debates da transição, delimita um lugar inaugural de determinada política e cria valores herdados na cultura e que permanecem, tanto objetivamente quanto subjetivamente, subtraídos dos cálculos da razão política (Teles, 2010, p. 317).

Tal categoria das medidas de exceção é essencial para que se possa compreender a essência autoritária do processo penal brasileiro contemporâneo, que abandona o referencial normativo — ou, segundo o discurso oficial, *flexibiliza* e *reinterpreta* direitos fundamentais e garantias individuais —, passando a operar conforme o discurso midiático dirigido pelo monopólio da indústria da comunicação, que manipula a opinião pública(da) como mecanismo de aclamação.

Nesse contexto, o discurso penal populista implica o abandono dos limites impostos pela Constituição e por todos os direitos e garantias individuais contemplados pelo ordenamento jurídico em prol do *combate ao crime e à impunidade*. Diante da perda de credibilidade em relação ao modelo político-eleitoral próprio da democracia representativa, busca-se alternativas de poder em personagens e estamentos aclamados pela opinião pública(da).

A busca por alternativas fora dos mecanismos eleitorais da democracia representativa guarda semelhanças com o processo de legitimação social das ditaduras militares. Entretanto, o estamento aclamado nos dias de hoje é o sistema de justiça e não as Forças Armadas.

> No Estado de Direito, os militares não têm por função o controle dos comportamentos e da vida. Quem tem é o sistema de Justiça, que envolve o Judiciário, o Ministério Público, as polícias

> e a advocacia. Na América Latina, é esse sistema de Justiça o principal agente da exceção. No passado, procuraram os militares. Hoje, procuram os juízes, promotores e delegados (Serrano, 2016d).

Desse modo, pode-se dizer que a aclamação da liderança populista desempenhada pelos atores do sistema de justiça tem como base social o que Hannah Arendt (1998) identificou com *ralé*. Abandona-se a Constituição em nome de uma liderança carismática, em um processo de legitimação das medidas de exceção contrárias ao ordenamento jurídico que resulta na instauração de uma estrutura de poder contrária à soberania popular.

Na obra *Origens do totalitarismo [The origins of totalitarism, 1951]*, Hannah Arendt apresenta o conceito de ralé como uma caricatura do povo, um grupo que reuniria apenas resíduos de todas as classes. A ralé cultuaria um ódio pela sociedade da qual é excluída, refutando os mecanismos eleitorais por não se sentir representada e clamando por lideranças autoritárias.

> Se o erro comum dos nossos tempos é imaginar que a propaganda pode conseguir tudo e que um homem pode ser persuadido a fazer qualquer coisa, contanto que a persuasão seja suficientemente forte e atraente, era crença comum naquela época que a "voz do povo era a voz de Deus", e que a tarefa de um líder era, como disse Clemenceau com tanto desdém, 60 seguir essa voz com esperteza. As duas atitudes derivam do mesmo erro fundamental de considerar-se a ralé idêntica do povo, e não uma caricatura dele. A ralé é fundamentalmente um grupo no qual são representados resíduos de todas as classes. Ê isso que torna tão fácil confundir a ralé com o povo, o qual também compreende todas as camadas sociais. Enquanto o povo, em todas as grandes revoluções, luta por um sistema realmente representativo, a ralé brada sempre pelo "homem forte", pelo "grande líder". Porque a ralé odeia a sociedade da qual é excluída, e odeia o Parlamento onde não é representada. Os plebiscitos, portanto, com os quais os líderes modernos da ralé têm obtido resultados tão excelentes, correspondem à tática de políticos que se estribam na ralé. Um dos mais inteligentes líderes dos adversários de Dreyfus, Déroulède, clamava por uma "República através do plebiscito". (Arendt, 1998, p. 129)

O conceito de *ralé* é retomado por Pedro Estevam Serrano (2016e) para explicar o autoritarismo na contemporaneidade. Dialogando com Hannah Arendt (1998), o autor demonstra que a ralé é a categoria por meio da qual se possibilita

compreender como o nazismo encontrou terreno fértil na sociedade após o término da primeira guerra mundial.

Ao contrário dos regimes democráticos que compreendem o povo como ente dividido, capaz de resolver os conflitos inerentes às diferenças humanas por mecanismos pacíficos, a concepção autoritária adotaria a categoria da *ralé*. Se povo é sinônimo de diversidade — um agrupamento de pessoas com visões de mundo e comportamentos distintos —, a ralé é sinônimo de pureza e homogeneidade que clamam por *ordem* (Serrano, 2016e).

Para alcançar a desejada ordem, Pedro Estevam Serrano (2016e) afirma que “a ralé se reúne em torno de um líder ou de um estamento carismático e tem uma noção de dever ser, uma noção corretiva da sociedade”. Nesse sentido, conclui que “no Brasil, hoje, o sistema de justiça ocupa essa função do líder carismático, chamando a ralé às ruas. A ralé clama por essa figura”.

De fato, o apelo à aclamação social em detrimento aos comandos constitucionais revela-se um mecanismo eficiente para uma escalada autoritária promovida pelo sistema de justiça. Conforme pesquisa realizadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a sociedade brasileira tem um alto índice de propensão ao apoio de posições autoritárias, indicando que, “numa escala de zero a dez, a sociedade brasileira atinge o elevado índice de 8,1 na propensão a endossar posições autoritárias”.[142]

Em artigo publicado no ano de 2004 intitulado *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*, Sergio Fernando Moro (2004, p. 59) afirmou que a lição mais

[142] “O índice proposto pelo FBSP foi elaborado com base em tentativas de medição de tendências autoritárias na tradição das ciências sociais e da psicologia social. Tomou-se como referência inicial a escala psicométrica criada pelo sociólogo e filósofo alemão Theodor Adorno (1903-1969), no pós-Guerra, época em que trabalhou com um grupo de psicólogos sociais na Universidade da Califórnia, em Berkeley, com o objetivo de mensurar tendências antidemocráticas implícitas na personalidade de indivíduos. Numa versão mais sintética que a do alemão, o FBSP propôs 17 enunciados que foram submetidos a 2.087 entrevistados numa amostra representativa da população com 16 anos ou mais, em 130 municípios, entre os dias 7 e 11 de março deste ano. Os enunciados se filiam a três categorias: "submissão à autoridade", "agressividade autoritária" e "convencionalismo". A que apresentou médias de propensão ao autoritarismo mais altas foi a primeira —"submissão à autoridade". O resultado pode ser relacionado a traços reconhecíveis da cultura política do país, como o prestígio de lideranças fortes e personalistas —à direita, mas também à esquerda, como ressalta Fernando Abrucio, professor da FGV”. (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924781-tendencia-para-o-autoritarismo-e-alta-no-brasil-diz-estudo.shtml>. Acesso em 28 jun. 2018.

importante ensinada pela experiência italiana diz respeito à importância do apoio da opinião pública (inclusive, para o autor, “apoio da democracia” e “apoio da opinião pública” parecem ser apontados como sinônimos):

> Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito. Por certo, a opinião pública favorável também demanda que a ação judicial alcance bons resultados. Somente investigações e ações exitosas podem angariá-la. Daí também o risco de divulgação prematura de informações acerca de investigações criminais. Caso as suspeitas não se confirmem, a credibilidade do órgão judicial pode ser abalada.

Mais recentemente, já após os primeiros resultados obtidos mediante medidas de exceção na esfera penal visando à criminalização da resistência, é ilustrativa a declaração do Procurador da República Deltan Dallagnol ao receber o Prêmio Innovare pelo reconhecimento de iniciativas pioneiras para tornar o Poder Judiciário mais eficiente. Em nome da assim chamada “força-tarefa da Operação Lava Jato”, declarou: “Nós dedicamos esse prêmio a cada cidadão brasileiro que foi às ruas de modo pacífico pedir um País sem corrupção e defender a Lava Jato”[143].

O *clamor social,* a *voz das ruas* e a *opinião pública(da)* — todos criados artificialmente pela narrativa midiática, orientados pelos interesses da racionalidade neoliberal — são manipulados como estratégias discursivas dos agentes do sistema penal para justificar práticas autoritárias e violação de direitos fundamentais.

As medidas investigativas, acusatórias e judiciais — que deveriam fundamentar-se nas normas constitucionais instituídas pelo poder soberano do povo — passam a buscar legitimidade nas *vísceras comunitárias* (Taruffo, 2016, p. 39) que, manipuladas pelo espetáculo patrocinado pelas classes privilegiadas, reduzem os direitos e garantias fundamentais a meros obstáculos transponíveis à eficiência punitiva de um Estado a serviço do mercado.

---

[143] Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/forca-tarefa-da-lava-jato-ganha-premio-innovare-e-dallagnol-diz-ser-impossivel-prever-fim-da-operacao/>. Acesso em 22 out.2018.

> Não é mais verdade que o “público” tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas. (Bauman, 2001, p. 29)

O jogo de aparências promovido pelo processo penal de exceção pretende subverter um elemento vital à eficácia da Constituição: os princípios constitucionais não podem ser interpretados de acordo com a moralidade dos julgadores, mesmo que camuflada sob a justificativa da *voz das ruas*. Seu conteúdo deve ser extraído objetivamente da pauta moral positivada na Constituição Federal. Em um sistema de justiça em que se decide apenas com base na própria consciência, somos todos reféns das convicções, crenças e preconceitos dos aplicadores do direito.

Nesse contexto, a legalidade dá lugar à discricionariedade dos agentes responsáveis pelo exercício do poder penal. A jurisdição penal passa a atuar como poder desconstituinte instrumentalizado pelo apelo à voz das ruas e o paradigma normativo passa a ser substituído pelo senso comum. Assumindo a forma concreta de medidas de exceção, tem-se um processo penal desvinculado dos comandos constitucionais e que esvazia de sentido os direitos fundamentais e garantias individuais.

Por consequência, o Direito é relegado à mera forma normativa abstrata — sem qualquer eficácia concreta — na medida em que o arcabouço jurídico é substituído por expectativas morais, os atos do sistema de justiça passam a se orientar pela subjetividade e os interesses elitistas fraudam a opinião pública(da): as práticas reais que materializam o processo penal como medida de exceção esvaziam de sentido a Constituição Federal a pretexto de flexibilizá-la ou reinterpretá-la conforme aclamação da vontade popular.

4.3.3. Antiprincípio da seletividade

> *"O Deus de Agostinho e o Javé dos judeus reconheciam e anunciavam que de uns faziam escravos e de outros senhores. O Deus moderno, o direito, anunciou a humanidade de todos para em seu trono oferecer assento só para alguns. O Deus do direito antigo é pessoal e declara sua aliança e seus favoritos; o Deus da técnica jurídica moderna é impessoal na forma, mas é profundamente pessoal nas benesses da realidade social. É apenas diferente porque é hipócrita na aparência de justiça que carrega; o antigo é injusto na aparência e na realidade."*
> — Alysson Leandro Mascaro[144] —

Toda guerra é seletiva.

O processo penal de exceção é uma peneira ilusória a serviço do mercado, que filtra o *cidadão de bem* e o *inimigo social*. Essa engrenagem fraudulenta é legitimada pelo discurso segundo o qual nem todos deveriam gozar da mesma proteção jurídica, corrompendo-se a essência dos direitos humanos por um discurso que admite a violação — anunciada como *flexibilização, reinterpretação ou relativização* — de direitos fundamentais e garantias individuais a pretexto de se produzir um resultado preconcebido como justo aos olhos dos aplicadores do direito.

Segundo a epistemologia da exceção que temos construído na presente tese, o axioma fundamental "A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*" (princípio da necessidade ou da economia do direito penal) é fraudado pela máxima "A'3 – *Não há medida de exceção sem seletividade*" (antiprincípio da seletividade).

---

[144] MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 52.

Vimos que no modelo garantista busca-se responder à indagação sobre "quando (e o que) *proibir*" através da quadra de princípios da necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade. Por sua vez, no processo penal de exceção a contrafação dessa quadra garantista é representada pelos quatro antiprincípios da seletividade, inimizade, luta de classes e ideologia, que orientam a explicação sobre quando (e quem) *perseguir*.

Enquanto a *necessidade* da lei penal garantista condiciona a proibição de determinadas condutas à promoção do máximo bem-estar possível dos não desviantes e do mínimo mal-estar necessário dos desviantes, a *seletividade* do processo penal como medida de exceção atua para perseguir os alvos selecionados pelo mercado soberano. Desse modo, a lei penal *necessária* é substituída pelo processo penal *seletivo*.

A fraude operacionalizada pelo processo penal de exceção consiste em camuflar sob a roupagem normativa de *proibição universal de condutas* a essência real autoritária da *perseguição seletiva de inimigos*. O discurso do direito penal é democrático e se declara universal, porém as práticas reais do processo penal são manipuladas seletivamente como medidas de exceção para perseguir inimigos específicos na luta de classes dos nossos tempos.

Para Maria Lúcia Karam (1997, p. 74), a aplicação da lei penal limita-se a um número reduzido de alvos selecionados de acordo com a lógica de mercado que produz a distribuição desigual na sociedade capitalista:

> Todos os valores ou princípios, que costumam fundamentar a intervenção do sistema penal — a igualdade perante a lei, a segurança, a punição do criminoso como realização de justiça — desmoronam, diante desta sua aplicação excepcional, e, portanto, injusta, a um reduzido número de selecionados violadores da lei penal. A injustiça ainda mais se acentua, quando se considera que, dada a já apontada função da pena de manifestação de poder — e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado capitalista -—, será a reação punitiva necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder. Sob o capitalismo, a seleção de que são objeto os responsáveis por condutas conflituosas ou socialmente negativas, a que se dá a qualificação legal de crimes (para que, presos, processados ou condenados, desempenhem o papel de criminosos e, assim, se identifiquem

> como os inimigos, os maus, os perigosos), naturalmente, terá que obedecer à regra básica de uma tal formação social — a desigualdade na distribuição de bens.

Na sociedade brasileira contemporânea, o ordenamento jurídico é o mesmo para todos, porém as práticas reais persecutórias são reservadas a alvos determinados pelo mercado. Nesse cenário, a seletividade atua por meio do processo penal de exceção, em defesa dos interesses da elite na manutenção dos privilégios e do *capital econômico*, com apoio de uma classe média egoísta e escravocrata que deseja preservar a todo custo o seu *capital cultural* (Souza, 2015) assegurado pela extrema desigualdade, razão pela qual adere ao discurso autoritário de intensificação do poder penal contra as classes populares e seus representantes.

A lógica da necessidade como critério de limitação do sistema penal é substituída pela lógica do resultado como estratégia discursiva de fortalecimento do poder penal. Parte-se da premissa segundo a qual o processo penal seria instrumento de segurança pública e que o sistema de justiça criminal deveria se orientar pelo combate à impunidade. Nesse jogo de aparências, o apelo ao combate do bem contra o mal naturaliza a seletividade do processo penal.

Nesse sentido, a seletividade do processo penal de exceção transparece em suas duas dimensões. Na *intensificação da criminalização da pobreza*, basta analisar o perfil da população carcerária (Infopen, 2017): até o mês de junho de 2016, o Brasil mantinha 726.712 pessoas presas, 40% delas sem condenação, 74% possuem até 34 anos, 64% são negros, 80% não concluiu o Ensino Médio, 0% possui Ensino Superior completo. Na *deflagração da criminalização da resistência*, as operações espetacularizadas dos últimos anos revelam o partidarismo que corrompe o sistema de justiça criminal e seu poder de influência no processo eleitoral.

A influência da assim chamada *Operação Lava Jato* no processo político nacional ficou evidente em ao menos dois momentos: (i) o processo de *impeachment* da então presidenta Dilma Vana Rousseff foi diretamente influenciado pelo vazamento de diálogos sigilosos interceptados de forma ilícita pelo juiz Sergio Fernando Moro[145]

[145] Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. Conjur, 16 mar.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Acesso em 09 jul.2018.

e (ii) as peculiaridades que envolveram a condenação do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva caracterizam sua condição de prisioneiro político e revelam absoluta ligação da Operação Lava Jato com o processo eleitoral[146].

A pretexto de se combater a corrupção dos recursos públicos e a impunidade de políticos, esse modelo que denominamos *processo penal de exceção* promove a corrupção dos direitos fundamentais e garantias individuais, acompanhada da impunidade dos operadores do direito que servem aos interesses classistas do mercado contra a soberania popular.

O discurso anuncia a *universalização* dos rigores da lei penal como forma de moralização administrativa, depuração da política e instrumento de segurança pública. Contudo, trata-se de uma farsa autoritária porque toda guerra é letal, seletiva e invariavelmente tem dois lados: amigos e inimigos. O processo penal de exceção é a forma de combate desempenhado pelo Estado, a serviço da racionalidade neoliberal que interessa apenas ao mercado, contra a própria soberania popular.

> O aludido caráter fragmentário não consiste unicamente no fato de que o Direito Penal deixe a descoberto determinadas áreas de interesse e importantes necessidades. Ao contrário, os sistemas de Direito Penal modernos denotam uma acentuada tendência à representação universal dos âmbitos de interesses em seus sistemas de bens jurídicos. O caráter fragmentário em questão refere-se, sobretudo, à maneira altamente seletiva pela qual são cobertos apenas parcialmente os interesses representados nos sistemas de bens jurídicos, bem como também a diferente intensidade de tal proteção (Baratta, 1981, p.21).

Ao contrário do que se anuncia pelo discurso oficial, a seletividade penal atua no controle social dos comportamentos humanos. Nesse contexto, se Michel Foucault (2010) trabalha com o paradigma do *biopoder* para caracterizar a subjugação de corpos e controle de populações inteiras, a categoria proposta por Achille Mbembe (2016) do *necropoder* como tática de eliminação material de corpos e populações

[146]Do primeiro ao último ato, o processo que resultou na condenação de Luís Inácio Lula da Silva foi repleto de ilegalidades. Desde as interceptações ilegais da presidenta Dilma seguida dos vazamentos em rede nacional para pressionar a votação do impeachment, passando pela condução coercitiva cuja ilicitude foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, pelo indeferimento da produção de provas que interessavam à defesa, pela sentença incongruente com a denúncia, pelo julgamento da apelação em tempo recorde, chegando ao acórdão que adotou uma tese que sequer foi sustentada pela acusação.

inteiras parece mais adequada às práticas contemporâneas do processo penal brasileiro.

Na sociedade capitalista neoliberal, o direito penal é um mecanismo de controle populacional orientado à eliminação de corpos inúteis e inconvenientes. A sujeição das massas ao sistema jurídico tem como destino a prisão, onde os excluídos são privados da mínima condição humana como forma de repressão violenta a qualquer impulso questionador dos privilégios elitistas e da extrema desigualdade social.

> Se a origem do poder penal é teocrática, na medida em que encontrava justificação na crença de que seus detentores realizavam justiça divina no mundo humano, hoje o poder penal está a serviço dos detentores do poder político, que na pós-democracia se identificam com os detentores do poder econômico, aos quais não interessa a preservação dos direitos e das garantias fundamentais (Casara, 2017, p. 96).

Enquanto as relações de produção próprias do capitalismo industrial orientavam toda superestrutura social com a finalidade de dominar a população manipulando corpos dóceis e úteis (biopolítica), o desenvolvimento do mais-valor relativo e a extrema concentração de riquezas próprios do capitalismo financeiro alterou o paradigma do direito: trata-se — não mais da exploração do sujeito de direito, mas — da eliminação de um contingente populacional por intermédio das práticas do sistema de justiça (necropolítica).

Para Michel Foucault (2012a), o poder não estaria limitado ao Estado, tal como afirmava a ciência política. Seus estudos em torno da formação das sociedades capitalistas permitem avaliar que Estado e poder não são a mesma coisa. O Estado somente articula, de forma diversificada, os diferentes exercícios do poder. Desse modo, é possível afirmar que o poder não atua acima do corpo social, mas em seu próprio nível, juntamente com a vida cotidiana dos indivíduos, com suas particularidades comportamentais e discursivas. É nesse sentido que o autor sublinha uma *microfísica do poder*, um poder exercido em rede que ultrapassa o aparelho estatal do mesmo modo que o complementa.

Por esse esforço analítico, afastando-se do paradigma de que o Estado é o centro de poder ou mesmo que o Estado é seu único irradiador, Michel Foucault

desenvolveu seu pensamento buscando as especificidades do poder relacionadas aos diferentes saberes, ambos situados não em pontos fixos da estrutura social, mas distribuídos numa rede de dispositivos.

A noção de dispositivo está relacionada com a perspectiva genealógica de Michel Foucault, introduzindo o poder no interior de suas análises. Mais objetivamente, a concepção foucaultiana de *dispositivo* pode ser descrita da seguinte maneira:

> Por esse termo tento demarcar, em primeiro lugar, um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos. Em segundo lugar, gostaria de demarcar a natureza da relação que pode existir entre esses elementos heterogêneos. Sendo assim, tal discurso pode aparecer como programa de uma instituição ou, ao contrário, como elemento que permite justificar e mascarar uma prática que permanece muda; pode ainda funcionar como reinterpretação dessa prática, dando-lhe acesso a um novo campo de racionalidade. Em suma, entre esses elementos, discursivos ou não, existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posição, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes. Em terceiro lugar, entendo dispositivo como um tipo de formação que, em um determinado momento histórico, teve como função principal responder a uma urgência. O dispositivo tem, portanto, uma função estratégica dominante (Foucault, 2012a, p. 364-365).

A partir dessa perspectiva evidencia-se o poder enquanto prática, enquanto relação. Assim, não seria possível fornecer uma função somente repressiva ao poder, pois seu objetivo econômico e político de aproveitamento máximo das capacidades individuais significa certa positividade.

Conforme os estudos em torno da penalidade e do poder disciplinar sublinhados por Michel Foucault, notadamente em sua obra *Vigiar e punir: nascimento da prisão [Surveiller et punir: naissance de la prison, 1975]*, essa positividade do poder — que não deve ser qualificada por um juízo de valor entre bom ou mau, mas entendida nos termos de uma tecnologia política — teria como produto uma docilidade política e uma utilidade econômica.

A busca pela positividade do poder aparece nas análises foucaultianas diante de sua insatisfação com a noção de repressão, pois a enxergava como inadequada para compreender o que há, justamente, de produtor no poder.

> Quando se definem os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica desse mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não [...]. Ora, creio ser essa uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir (Foucault, 2012a, p. 44-45).

O poder disciplinar opera por meio de dispositivos interessados em assegurar a sujeição do indivíduo pelo duplo *docilidade-utilidade*. Trabalhando sobre o corpo, funciona como um diagrama do poder capaz de produzir uma conduta específica. Ele não é uma instituição, é uma tecnologia de poder composta por "métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade" (Foucault, 2009, p. 164).

Na introdução da obra *Microfísica do poder*, Roberto Machado (2012, p. 23) situa de uma maneira muito didática como as características do poder disciplinar estão inter-relacionadas:

> Assim, por exemplo, quando a medicina, com o nascimento da psiquiatria, inicia um controle do louco, ela cria o hospício, ou o hospital psiquiátrico, como um espaço próprio para dar conta de sua especificidade; institui a utilização ordenada e controlada do tempo, que deve ser empregada sobretudo no trabalho, desde o século XIX considerado o meio terapêutico fundamental; monta um esquema de vigilância total que, se não está inscrito na organização espacial, se baseia na 'pirâmide de olhares' formada por médicos, enfermeiros, serventes; extrai da própria prática os ensinamentos capazes de aprimorar seu exercício terapêutico.

Do mesmo modo poderíamos situar a prisão para sinalizar os aspectos do poder disciplinar operando através de mecanismos inter-relacionados. Todo saber é político, “não porque cai nas malhas do Estado [...], mas porque todo saber tem sua gênese em relações de poder” (Machado, 2012a, p. 28). Poder e saber estão mutuamente imbricados, toda relação de poder constitui um campo de saber, assim como o saber produz e altera as relações de poder.

A *arte de governar* é então analisada em sua continuidade ascendente e descendente (Foucault, 2008a, p. 118). A primeira, garantida pela pedagogia do príncipe, diz respeito ao saber governar a si mesmo que surte efeitos no governo da família, dos bens e do Estado. A segunda é o inverso, referindo-se ao Estado bem governado que repercute em um bom governo do pai sobre sua família, bens etc., de modo que o bom governo do Estado influencie a conduta dos sujeitos. A linha descendente seria a responsável pelo instrumento de controle que passa a se chamar polícia (Foucault, 2008a, p. 126); polícia enquanto aquilo que assegura a continuidade descendente das formas de governo, definindo os objetos da atividade racional do Estado.

Mas essa polícia específica assume outras funções a partir do século XVIII, passando a ter a saúde, a população e a circulação como seus objetos privilegiados. Contudo, o que mais nos interessa nessas continuidades, seja ascendente ou descendente, é a introdução da economia no exercício político de gestão de um Estado. Esse é o ponto central da questão, pois a aplicação da economia passa a ser fundamental para se governar um Estado (Foucault, 2008a, p. 126-127).

Trata-se de governar mais do que um território e, por isso, é preciso mais do que obedecer a leis. É necessário “utilizar táticas, muito mais que leis, ou utilizar ao máximo as leis como táticas; agir de modo que, por um certo número de meios, esta ou aquela finalidade possa ser alcançada” (Foucault, 2008a, p. 132). Embora o mercantilismo tenha introduzido essa racionalidade como prática de governo, ele ainda se deteve ao poder soberano, bloqueando essa arte de governar que só foi desbloqueada por um conjunto de fatores ligados à “expansão demográfica” e a “abundância monetária”, fazendo emergir o problema da população.

Nesse sentido, a *biopolítica* seria o fenômeno a partir do qual a população se torna o objeto técnico-político levado em conta pelo governo, situando a "passagem de um regime dominado pelas estruturas de soberania a um regime dominado pelas técnicas do governo [...] em torno da população e, por conseguinte, em torno do nascimento da economia política" (Foucault, 2008a, p. 141).

Essa passagem não diz respeito à eliminação da soberania e da disciplina, mas da intensificação pela qual soberania, disciplina e gestão governamental formam um triângulo "que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança" (Foucault, 2008a, p. 143).

Tal composição teria resultado numa tecnologia de governo que desenvolveu saberes e aparelhos específicos para tornar o Estado administrativo, marcado por regulamentos e disciplinas — já desdobrado do Estado de justiça da Idade Média marcado por leis —, em um Estado governamentalizado caracterizado, primordialmente, pelos dispositivos de segurança.

Esse desbloqueio da arte de governar próprio à razão do Estado introduz a economia no exercício político, fundamentando a biopolítica enquanto produto de uma racionalidade liberal e uma prática governamental interessada na vida da população. Se do século XVII a meados do XVIII vigorava uma *tecnologia disciplinar*[147] do trabalho relacionado às técnicas de poder hierarquizadas e de vigilância, centradas no corpo individual para garantir sua utilidade, a partir da segunda metade do século XVIII essa tecnologia se complementa com técnicas de poder centradas na vida.

As técnicas centradas no corpo individual preocupavam-se com uma anátomo-política do corpo humano, enquanto as técnicas de poder centradas na vida das populações passaram a se orientar como regulação do corpo-espécie:

[147] Para Michel Foucault, "o poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior 'adestrar'; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. [...] 'Adestra' as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para um multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. A disciplina 'fabrica' indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. [...] é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente" (Foucault, 2009: 164).

> Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois polos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos polos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimento de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano.* O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e *controles reguladores: uma bio-política da população.* As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida (Foucault, 1988, p. 151-152).

Ao final do século XVIII, o conjunto de processos interessados na vida constituíram-se então como os “primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica” (Foucault, 2010, p. 204). Foi nesse sentido que o racismo foi inserido nos mecanismos de poder do Estado; um racismo que estabelece um vivo saudável por meio de uma relação biológica que visa eliminar os perigos, tal como esta tese apresenta mais adiante por meio das variadas construções de inimigo público comum.

Esse *biopoder* do qual nos fala Michel Foucault (2010, p. 153) foi um “elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo”, uma vez que o modelo capitalista “só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos”.

Paralelamente aos conceitos de biopoder e biopolítica propostos por Michel Foucault, a tese que propomos para compreender o exercício do autoritarismo na contemporaneidade passa pelo reconhecimento da reedição dessas medidas de controle populacional em medidas de eliminação de um contingente humano que não

encontra lugar no mercado. Trata-se de um *necropoder*, segundo as bases conceituais propostas por Achille Mbembe (2016, p. 123):

> Alguém poderia resumir nos termos acima o que Michel Foucault entende por biopoder: aquele domínio da vida sobre o qual o poder tomou o controle. Mas [...] essa noção de biopoder é suficiente para contabilizar as formas contemporâneas em que o político, por meio da guerra, da resistência ou da luta contra o terror, faz do assassinato do inimigo seu objetivo primeiro e absoluto?

Contemporaneamente, a concepção de uma biopolítica destinada à produção da vida e da subjetividade capitalista teria dado lugar às práticas necropolíticas de destruição e aniquilação de vidas em larga escala. Enquanto o sujeito de direito no capitalismo industrial é aquele controlado e explorado pelo direito, o sujeito de direito perseguido pela racionalidade neoliberal é o *sujeito supérfluo.* São grupos a serem eliminados pelas práticas do sistema de justiça.

Ao encarar a necropolítica como “destruição material de corpos humanos e populações”, Achille Mbembe (2016, p. 125) trata de um grande contingente humano cuja força de trabalho já não é necessária aos modos de produção de riqueza na contemporaneidade. Na medida em que não são mão de obra útil nem consumidores, tornam-se inúteis aos propósitos da racionalidade neoliberal.

> Essa ameaça civilizatória — Mbembe fala com razão — tem submetido uma parcela enorme da humanidade à condição semelhante à do escravo negro no ocidente. Para o pensador, as perspectivas de um devir-negro do mundo nunca foram tão gritantes. Não se trata aqui do escravo no sentido jurídico do termo, mas de uma “humanidade subalterna”, de uma existência submetida a grandes ameaças cotidianas, seja pela ação do Estado que age como senhor de escravos, seja pelo processo de exclusão econômica e pela perda de direitos sociais e trabalhistas. A ideia de desemprego como reserva de mão de obra, tal como concebida por Marx, está completamente desatualizada. A função da população excluída do ciclo econômico não é mais baratear o salário de quem trabalha, até porque a própria noção de trabalho tem sido flexibilizada ao extremo, com o claro intuito de justificar sua crescente precarização (Serrano, 2017e).

Diante de um contingente cada vez maior de seres inúteis ou inconvenientes aos interesses do capital, como eliminar essa humanidade excedente

descartável? Se os modos de produção e distribuição de riqueza na sociedade industrial necessitavam de um exército de mão de obra de reserva para reduzir os custos de produção (Marx, 2017, p. 712) atualmente o modelo de distribuição de riquezas neoliberal impõe o exercício autoritário do poder para eliminar populações supérfluas.

Na sociedade brasileira, o processo penal de exceção é o mecanismo empregado no exercício desse *necropoder*. O sistema de justiça criminal torna-se um campo de batalha (antiprincípio da guerra) patrocinado pelos interesses da elite que controla o poder econômico e manipula a opinião pública (antiprincípio da aclamação), promovendo a perseguição específica dos inimigos apontados pelo mercado (antiprincípio da seletividade).

Para Maurício Stegemann Dieter (2007, p. 25), a intervenção penal “deve ser capaz de selecionar determinadas ações políticas em detrimento de outras igualmente possíveis, sendo a escolha determinada pelos interesses da classe capitalista”. Ou seja, o sistema de justiça criminal atua segundo uma orientação classista para atender as necessidades de mercado.

> A orientação capitalista que determina a seletividade dessa ação atribui à pena as funções de manutenção da distribuição desigual dos meios de produção, aplicando a pena de acordo com a utilidade do sujeito condenado: sujeitos inúteis ao sistema capitalista são aglomerados em depósitos humanos, que devem oferecer condições de vida inferiores à da classe mais pobre. [...] O uso do Direito Penal como instrumento para "gestão penal da pobreza" não deve ser evidente. Assim, a teoria oficial da pena disfarça a criminalização desigual de sujeitos marginalizados. A seletividade penal é legalmente legitimada, justificando a realização de um controle penal diferenciado sob a égide do discurso preventivo e retributivo (Dieter, 2007, p. 43).

Nesse passo, a seletividade penal desenvolve-se mediante um processo identificado por Michel Foucault como *gestão diferencial dos ilegalismos*. Na obra *Vigiar e punir* (2009), o autor demonstra como as reformas em torno do direito penal funcionam como estratégia para reorientar as práticas punitivas, inaugurando uma nova economia do poder de punir que procura “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma forma regular [...]; não punir menos, mas punir melhor” (Foucault, 2009, p. 79).

Nessa análise, chama atenção a maneira pela qual Michel Foucault demonstra a emergência de uma *gestão diferencial dos ilegalismos*, sinalizando que o direito penal é um instrumento pensado propriamente para "gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las" (Foucault, 2009, p. 79).

Para compreender como a gestão dos ilegalismos é um elemento estratégico essencial ao funcionamento do processo penal de exceção, destaca-se, por exemplo, como a proibição do consumo e comercialização de *algumas drogas* — enquanto outros drogas lícitas enriquecem grandes corporações — contribuiu para a construção de um inimigo (traficante) e como a manipulação dos conceitos *terrorismo* e *corrupção* atua para distinguir alvos criteriosamente selecionados na figura do terrorista e do corrupto, enquanto práticas tão danosas quanto essas — especialmente a sonegação de tributos e o financiamento ilegal de campanhas eleitorais — permanecem fora do radar do espetáculo penal.

Segundo Edson Passetti (2007, p. 70), o direito penal da sociedade de controle também se adapta ao *slogan* da participação democrática ao *legalizar os ilegalismos* lançando mão, por exemplo, da delação premiada como prática que objetiva reduzir crimes e impunidades:

> O que ocorria na sociedade disciplinar como decorrência dos confrontos entre grupos, dos combates às conspirações e insurreições políticas como resultante das práticas de torturas nas delegacias, prisões e espaços ermos utilizados por policiais, agentes de segurança e torturadores, para sevícias e mortes, agora se humaniza e democratiza. A delação premiada tem a mesma cara do regime das denúncias ao tribunal, com um diferencial: ela implica em variação na corrupção, negócios e economia.

A isso podemos complementar com a afirmação de que "é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado crime" (Foucault, 2009, p. 100). Desse modo, fica evidente que o estabelecimento da lei significa interdição e condenação, mas é, sobretudo, um golpe sobre os comportamentos que produz uma série de ilegalismos[148].

[148] "Esta lógica do funcionamento do sistema penal, baseada na seleção de um ou outro responsável por condutas conflituosas ou socialmente negativas, a que se dá a qualificação legal de crimes, para que, preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de

Tais ilegalismos nunca são tratados de forma igualitária pelo sistema penal. A expansão do direito penal na sociedade contemporânea nos mostra cada vez mais como a penalidade permanece não reprimindo pura e simplesmente as ilegalidades, mas diferenciando-as em sua economia geral, expondo, assim, o funcionamento dos mecanismos de dominação de classe.

Com efeito, o autoritarismo vivenciado no Brasil da década de 2010 deve ser enxergado como intensificação das práticas seletivas e autoritárias da *normalidade penal histórica*. É por meio do processo penal manipulado como medida de exceção que se desenvolve a perseguição seletiva de uma humanidade subalterna e de seus representantes intelectuais e políticos, atentando-se contra todas as esferas da soberania popular. Desse modo, a gestão diferencial dos ilegalismos pelas práticas do sistema penal revela-se um *necropoder* destinado a eliminar um contingente cada vez maior de seres humanos inúteis ou inconvenientes aos interesses do capital.

Naturalmente, tratando-se de um fenômeno autoritário diluído nas práticas democráticas e pulverizado em múltiplos atos dos diversos atores que compõem o sistema de justiça, a seletividade do processo penal de exceção não tem a mesma precisão de uma ordem militar. No espetáculo populista, desenvolve-se uma narrativa que confunde fatos comprovadamente criminosos (que deveriam ser punidos conforme o direito) e hipóteses forjadas sob medida aos interesses soberanos (que não passam de perseguição bélica aos inimigos). Embora desvios pontuais possam ser identificados nesse padrão do sistema de justiça criminal brasileiro na contemporaneidade, a regra geral tem sido a intensificação da criminalização da pobreza e a deflagração da criminalização da resistência.

O direito penal vale (abstratamente) para todos, mas o processo penal de exceção limita-se (concretamente) a perseguir alvos específicos. As práticas reais do sistema de justiça criminal são orientadas pelos interesses do mercado em exterminar pobres inúteis, adversários políticos, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes, membros do sistema de justiça leais à Constituição e setores

---

criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores da lei (os ditos “cidadãos de bem”), faz da excepcionalidade de sua atuação uma condição de sua própria existência, demonstrando, mais do que a ineficácia da repressão penal, a injustiça que lhe é inerente e que acaba por produzir, direta ou indiretamente, como já assinalado, um enorme volume de violência e de dor, sob a forma de estigmatização, privação da liberdade e morte” (Karam, 1997, p. 73-4).

estratégicos da economia nacional — todos aqueles identificados como ameaça ou resistência democrática ao sistema de concentração da riqueza e dos privilégios.

4.3.4. Antiprincípio da inimizade

> *"O mais democrático dos Estados é sempre regime de exceção para enormes contingentes. Loucos, prostitutas, prisioneiros, negros, hispânicos, árabes, curdos, judeus, ianomâmis, aidéticos, homossexuais, travestis, crianças, operários irão nascer e morrer sem terem conhecido o comedimento do Leviatã. As graves violações dos direitos humanos pelo Estado revelam a rotina do Terror no cotidiano das populações".*
> — Paulo Sérgio Pinheiro[149] —

Eliminados por serem quem (ou o que?) são.

O processo penal de exceção é a forma jurídica de uma guerra destinada a eliminar os inimigos do poder soberano no Brasil contemporâneo. O *inimigo* a ser combatido são as duas faces de um mesmo incômodo à concentração de riquezas e privilégios característicos da racionalidade neoliberal: de um lado, pobres *inúteis* que não são consumidores nem sequer mão de obra necessária (criminalização da pobreza); de outro, grupos outrora privilegiados que se tornaram *inconvenientes* às práticas de concentração de riqueza e manutenção dos privilégios da elite econômica (criminalização da resistência).

---

[149] PINHEIRO, Paulo Sergio. Estado e Terror. *In*: NOVAES, Adauto (coord.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 271.

De acordo com a epistemologia da exceção proposta na presente tese, o axioma fundamental “A4 – *Nulla necessitas sine injuria*” (princípio da lesividade) é fraudado pela máxima “A’4 – *Não há seletividade sem inimigos*” (antiprincípio da inimizade).

Vimos que no sistema garantista o princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento complementa o princípio da necessidade respondendo à questão sobre “*o que proibir*” com o objetivo de prevenir danos à sociedade e ao próprio imputado. Por sua vez, no modelo do processo penal de exceção o antiprincípio da *inimizade* complementa o antiprincípio da seletividade respondendo a questão sobre *quem perseguir* mediante a privação da liberdade, da reputação, da proteção jurídica e da própria condição humana.

Enquanto a lei penal idealmente concebida por Luigi Ferrajoli destina-se a *proibir condutas lesivas* e reduzir as sanções criminais ao mínimo necessário, a lógica do combate ao inimigo orienta um processo penal desprendido dos limites legais para *perseguir pessoas inúteis ou indesejáveis*, manipulado como arma de guerra por uma elite soberana contra seres humanos imprestáveis ou inconvenientes segundo seus interesses e privilégios.

Ao invés de um modelo punitivo em que *condutas são proibidas* em função do dano ou do risco que produzem, deflagra-se uma guerra em que *pessoas são perseguidas e eliminadas* por serem quem (melhor seria dizer *o que*?) são, desenvolvendo-se mecanismos de controle e eliminação dos grupos inúteis e indesejáveis à racionalidade neoliberal.

> O inimigo de guerra não é pessoa, convém eliminá-lo, condená-lo à morte lenta no cárcere, longe do olhar da sociedade. É notável a semelhança dos procedimentos de eliminação dos adversários, na Segunda Guerra Mundial, com as formas contemporâneas e legais de vingança contra os criminosos. (Egydio de Carvalho, 1997, p. 145)

Desse modo, a perseguição autoritária ao inimigo declara-se como combate legítimo em busca de eficiência contra o crime e contra a impunidade. O processo penal como medida de exceção materializa-se como a própria contrafação das normas constitucionais garantistas em práticas concretas autoritárias de um

sistema de justiça operado pelo mercado contra as classes populares e seus representantes.

Mas, afinal, quem seriam os inimigos da racionalidade neoliberal? A tese proposta é a de que a perseguição pelo processo penal de exceção brasileiro na década de 2010 (i) potencializa a criminalização da pobreza característica da *normalidade penal* que impera desde a formação da sociedade brasileira, marcada pelo *controle social das classes populares* mediante a perseguição, intimidação e encarceramento em massa da juventude pobre e negra; e (ii) deflagra a criminalização da resistência a partir do *processo penal de exceção*, caracterizado pelo *controle político, intelectual e econômico* do país mediante a perseguição, destituição e deslegitimação de uma classe política, intelectual, de seus apoiadores e da atividade empresarial nacional.

Na terceira parte desse trabalho[150], definimos a *normalidade penal brasileira* como a relação violenta de dominação das classes populares por uma elite interessada em proteger a ordem estabelecida. A lógica da escravidão teria sido reeditada na forma da *criminalização da pobreza*, estabelecendo-se duas zonas bem delimitadas na sociedade brasileira: um Estado de direito para as classes superiores e um estado permanente de exceção para as classes populares, tratadas como inimigos e identificadas por rótulos como *bandido, ladrão, traficante*.

Portanto, o inimigo interno perseguido pela normalidade penal brasileira veio das senzalas, é o pobre e quase sempre negro, ou quase negro de tão pobre, como nos versos de Gilberto Gil e Caetano Veloso (1993), resumidos naqueles "*111 presos indefesos, mas presos são quase todos pretos ou quase pretos, quase brancos quase pretos de tão pobres, e pobres são como podres e todos sabem como se tratam os pretos".*

A pretexto de garantir a segurança pública pelo combate aos crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas, assistimos desde sempre à perseguição cotidiana e naturalizada contra as classes populares. Sem prejuízo da manipulação das leis e das práticas penais, o principal mecanismo de segregação responsável por essa

[150] Mais especificamente, no capítulo "3.5. Normalidade penal: a tradicional curva autoritária do sistema penal brasileiro".

normalidade penal vinha sendo historicamente a negação do direito de defesa a quem não pudesse contratar advogados qualificados.

Desse modo, instaurava-se a segregação primitiva entre uma *zona de exclusão* para aqueles que não tinham condições de contratar uma defesa técnica qualificada e uma *zona de proteção* para indivíduos privilegiados representados pelos melhores advogados. O encarceramento em massa da juventude pobre e negra é resultado dessa *normalidade penal* que foi naturalizada ao longo da formação social brasileira.

Ocorre que, na década de 2010, inicia-se o que apontamos como uma *nova curva autoritária*. Além da intensificação dos mecanismos violentos de controle social contra os excluídos, assistimos à inauguração de uma forma mais complexa de expansão da zona autoritária de exclusão para grupos antes privilegiados.

O acesso à zona de proteção, onde vigem os direitos fundamentais e as garantias individuais, deixa de ser assegurado a todos aqueles que tenham condições de contratar uma defesa técnica qualificada. São grupos identificados com interesses políticos, teóricos e econômicos antagônicos à racionalidade neoliberal que passam a ser combatidos por meio da *criminalização da resistência*.

Na medida em que assistimos à perseguição criminal ideológica de classes outrora imunes ao poder penal, intensifica-se o autoritarismo contra os grupos econômicos tradicionalmente excluídos. O desafio é compreender quem são esses *novos inimigos* que se somam aos tradicionais grupos criminalizados ao longo da nossa formação histórica social, para que se possa identificar o perfil dos alvos do sistema de justiça criminal na contemporaneidade.

Embora não adotemos oficialmente um modelo de *direito penal do inimigo* — baseado na distinção entre ordenamentos jurídicos distintos para cidadãos e inimigos (Jakobs, 2008) —, o sistema criminal brasileiro adota o *processo penal de exceção* como mecanismo fraudulento de perseguição a inimigos identificados a partir de divergências políticas, partidárias, ideológicas e financeiras.

A espetacularização do sistema de justiça criminal, que apela à aclamação popular como justificativa para violação dos direitos fundamentais e garantias

individuais, atua como mecanismo de intimidação, deslegitimação e eliminação das classes política, intelectual e econômica não alinhadas aos interesses do mercado.

Rótulos como *corrupção, crime organizado* e *obstrução da justiça* são fantasias fabricadas sob medida para caracterizar os inimigos a serem eliminados. A pretexto de se combater a impunidade, persegue-se, intimida-se, destitui-se, deslegitima-se e elimina-se a classe política adversária, os intelectuais formadores de opinião crítica, a advocacia combativa, os servidores da justiça leais à Constituição e a indústria nacional.

> Tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais. (Zaffaroni, 2007, p. 63-4)

Para bem se compreender a essência da categoria do *inimigo*, é preciso retomar alguns conceitos propostos por Carl Schmitt. Em sua obra *O conceito do político [Der Begriff des Politischen, 1932]*, trabalha a noção segundo a qual a diferenciação entre *amigo e inimigo* é a essência da política. Nesse passo, a unidade do povo seria obtida a partir da homogeneidade e identidade social capazes de promover a distinção concreta entre *amigos e inimigos públicos*.

Na construção de uma teoria crítica do processo penal, propomos a ressignificação da abordagem schmittiana para compreender a lógica da persecução criminal contemporânea. A mesma estrutura soberana de suspenção do direito para combater o inimigo é atualizada pelo sistema de justiça brasileiro à complexidade discursiva dos nossos tempos.

Combater o inimigo não era uma alegoria para Carl Schmitt, mas algo que deve ser assumido em sentido concreto e existencial. A medida do *antagonismo* político é o grau de intensidade da contraposição entre amigo-inimigo, capaz de identificar um Estado enquanto unidade política. Esse antagonismo reveste-se de

dimensão política a partir do momento em que a relação de inimizade é tão intensa que admita a *possibilidade real de uma guerra*.

Portanto, a guerra é a realização extrema da inimizade. Fenômeno extremo da hostilidade, consistente na luta armada com objetivo de eliminação física do inimigo, a guerra deve estar sempre presente enquanto possibilidade real, embora não seja algo ideal, desejável, cotidiano ou normal. Em síntese, o conceito de inimigo só faz sentido se interpretado no contexto de uma potencial guerra.

> La guerra no es pues en modo alguno objetivo o incluso contenido de la política, pero constituye el presupuesto que está siempre dado como posibilidad real, que determina de una manera peculiar la acción y el pensamiento humanos y origina así una conducta específicamente política. [...] Lo decisivo es pues siempre y sólo la posibilidad de este caso decisivo, el de la lucha real, así como la decisión de si se da o no se da ese caso. (Schmitt, 2009b, p. 63-64)

Enquanto possibilidade real de um conflito armado, a guerra seria o "único requisito para a distinção entre amigo e inimigo e para o reconhecimento do político" (Schmitt, 2009b, p. 66). Todo antagonismo religioso, moral, econômico ou de qualquer natureza se transforma em oposição política na medida em que se fortalecem o suficiente para unir os homens em amigos e inimigos.

Embora o conceito do político não resida na luta em si — que irá se desenvolver no campo de batalha específico, com técnicas psicológicas e militares —, a ação política é o comportamento orientado de acordo com a real possibilidade do conflito, uma vez identificado claramente o inimigo.

Não se trata apenas do conflito armado externo, já que Carl Schmitt (2009b, p. 62) admite a possibilidade de uma *guerra civil* sempre que os antagonismos político-partidários alcançarem grau extremo de inimizade na escala da política partidária. Quando no interior de um Estado visualiza-se a possibilidade real de luta, estaria caracterizado o *primado da política interna* de modo que "ya no se refiere con plena consecuencia a la guerra entre dos unidades populares organizadas (Estados o Imperios) sino a la guerra civil".

Portanto, a categoria schmittiana específica que caracteriza o elemento político é a diferenciação entre amigo e inimigo. Se o Estado é a unidade de uma comunidade homogênea, política é toda ação determinada pela identificação do inimigo público — assim entendido como aquele que divide o povo — e orientada de acordo com a possibilidade real de uma guerra visando à eliminação desse inimigo.

Nesse contexto, Giorgio Agamben (2007b, p. 26) adota as premissas schmittianas para desenvolver sua teoria sobre o estado de exceção, concluindo pelo reconhecimento de uma *relação de exceção*, assim entendida como aquela que "exprime a estrutura originária da relação jurídica". Tal relação de exceção supera a dicotomia entre norma e exceção, na medida em que inclui o excluído — o inimigo — em razão da própria exclusão.

A visão crítica de Giorgio Agamben apresentada na obra *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua [Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita, 1995]* propõe reflexões sobre a natureza do poder soberano na sociedade moderna. Dialogando com o autor, podemos identificar estruturas capazes de explicar a essência autoritária do processo penal de exceção como forma de combate ao inimigo.

Se para Carl Schmitt o estado de exceção era essencialmente uma medida legítima de *suspensão inevitável e temporária* do ordenamento jurídico para restaurar a normalidade social, a teoria de Giorgio Agamben (2007b) denuncia o estado de exceção como *suspensão desejada e permanente* do ordenamento jurídico destinada à perseguição dos inimigos sociais.

Para tais inimigos, restaria apenas o que Giorgio Agamben identifica como *vida nua*, uma forma de vida que não se confunde com a mera existência natural e animal dos seres (*zoé*) nem com a qualificação política e da tutela própria de cidadãos (*bios*). Para o autor, o evento decisivo da modernidade teria sido justamente "o ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, a politização da vida nua como tal" (Agamben, 2007b, p. 12).

Em diálogo com Michel Foucault, a visão agambeniana retoma o conceito de *biopolítica* como marco dessa admissão moderna da vida humana como mera existência biológica nos cálculos ideológicos estruturais do fenômeno político:

> Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanta a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii* (Agamben, 2007b, p. 14).

A estrutura da exceção é apontada como uma "exclusão inclusiva (uma *exceptio*) da z*oé* na *pólis*" (Agamben, 2007b, p. 15), pois a política enquanto proposta de transformação do mero viver em vida qualificada não trataria de outra coisa senão da própria vida nua.

Portanto, a *politização da vida nua* identificada por Giorgio Agamben altera o paradigma schmittiano da dupla categoria fundamental política como *amigo-inimigo* para tratar de situações identificadas como *vida nua-existência política, zoé-bios, exclusão-inclusiva*.

Assim, a vida nua seria a "*vida matável e insacrificável do homo sacer*" (Agamben, 2007b, p. 16). Diante desse quadro, quais seriam as condições sociais que possibilitariam a existência de vidas humanas descartáveis? Afinal, como explicar a decadência moderna dos regimes democráticos diante de medidas autoritárias? Em que medida a decisão sobre a vida nua tornou-se o critério político supremo?

Em primeiro lugar, a exceção segundo a proposta agambeniana apresenta-se como uma *relação de exclusão*. Não se trata de uma exclusão explícita, mas de uma *exclusão inclusiva.* Nesse sentido é que o autor identifica o paradoxo da soberania enunciado na prerrogativa do poder soberano ser exercido simultaneamente *dentro e fora* do ordenamento jurídico.

Desse modo, o que caracteriza propriamente a exceção é o fato de que o elemento excluído não é colocado fora da relação com a norma, mas a ela permanece diretamente vinculado na forma da *suspensão*. Daí porque "a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta" (Agamben, 2007b, p. 25), de modo que o estado de exceção não seria o caos a preceder a ordem, mas a situação resultante da própria suspensão da ordem.

> A exceção que define a estrutura da soberania é, porém, ainda mais complexa. Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção, a abandone. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar a exceção e somente deste modo se constitui corno regra, mantendo-se em relação com aquela. O particular "vigor" da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamemos *relação de exceção* a esta forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão (Agamben, 2007b, p. 26).

Cria-se a partir da relação de exceção uma *zona de indiferença* entre o que seria externo e interno, entre o caos e a normalidade social, entre mera natureza e forma jurídica qualificada. A tradicional assertiva de que a exceção confirma a regra é a lógica que orienta esse raciocínio, na medida em que o caso anormal estaria sendo excepcionado através de uma suspensão que confirmaria a própria norma.

Em segundo lugar, a forma da relação de exceção é identificada como o *bando*. A partir dessa perspectiva, Giorgio Agamben (2007b, p. 36) trabalha esse mecanismo de exclusão por meio da suspenção normativa associado ao que classifica como *abandono*. Ao estabelecer o que deve ser separado, excluído e banido, a decisão soberana estaria capturando a vida nua enquanto vida matável:

> Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonada por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, *a bandono* significam em italiano tanto "a mercê de" quanto "a seu talante, livremente", como na expressão *carrere a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto "excluído, posto de lado" quanto "aberto a todos, livre", como em *mensa bandita* e *a redina bandita*). É neste sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma: "não existe um fora da lei". *A relação originária da lei com a vida não é aplicação, mas o abandono*. A potência insuperável do *nómos, a sua originária "força de lei"*, é que ele mantém a vida em seu *bando* abandonando-a. E é esta estrutura do *bando* que trataremos de compreender aqui, para podermos, eventualmente, reinvocá-la à questão.

O bando mantém a unidade da vida nua e do poder soberano. Partindo dessa premissa, a decisão soberana estaria direta e imediatamente vinculada à própria vida dos cidadãos e não à sua liberdade de autodeterminação. O elemento político originário não seria um acordo de vontades, mas a imposição de uma forma de vida e morte.

Nesses termos, o autor propõe uma releitura da concepção hobbesiana do contrato social enquanto convenção capaz de identificar a transição da natureza ao Estado. Para o autor, o estado de natureza seria um estado de exceção, razão pela qual a origem social não remete a um *contrato*, mas seria a própria relação de *bando*, ou seja: uma forma de exclusão inclusiva, constante manutenção da vida em abandono.

> O estado de natureza é, na verdade, um estado de exceção, em que a cidade se apresenta por um instante (que e, ao mesmo tempo, intervalo cronológico e átimo intemporal) *tanquam dissoluta*. A fundação não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas *in illo tempore*, mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana. Esta, por outra lado, refere-se *imediatamente* à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge, assim, como o elemento politico originário, o *Urphänomenon* da politica: mas esta vida não é simplesmente a vida natural reprodutiva, a *zoé* das gregos, nem a *bios*, uma forma de vida qualificada; é, sobretudo, a vida nua do *homo sacer* e do *wargus*, zona de indiferença e de transito continuo entre o homem e a fera, a natureza e a cultura (Agamben, 2007b, p. 115).

Portanto, a politização da vida nua tem como objeto a vida matável do *homo sacer*. Ao delimitar em que circunstâncias a norma é suspensa, a exceção soberana cria e define a próprio espaço em que se materializa o ordenamento jurídico. É a partir da decisão soberana que se define tudo aquilo que é incluído (situação normal) ou excluído (situação caótica) da aplicação normativa regular. O soberano não decidiria sobre o lícito ou o ilícito, mas sobre a estruturação normal das relações sociais.

Por isso, Giorgio Agamben (2007b) define a relação de exceção como *exclusão inclusiva* que estrutura a soberania. Conceito paradoxal — nem puramente político, nem exclusivamente jurídico — que possibilitaria ao direito incluir a vida a si através da própria suspensão, a exceção é apresentada pelo autor como uma relação

de exclusão e abandono, por meio da qual a lei se “aplicaria” (virtualmente permanece vigente) pela própria “desaplicação” (formalmente é declarada sua suspensão), justificada por uma suposta anormalidade social soberanamente declarada.

Se o evento decisivo da modernidade foi a *politização da vida nua*, podemos identificar que o processo penal manipulado como medida de exceção promove a *judicialização da vida nua* por meio da desaplicação do direito, anunciada como relativização ou flexibilização das garantias individuais, como o objetivo de eliminar os inimigos do soberano na contemporaneidade.

Como em nosso país as normas penais são as mesmas para todos — não há ordenamentos jurídicos diferentes para cidadãos e inimigos (Jakobs, 2008) — a *zona de indiferença* percebida pela teoria agambeniana é instaurada pelo processo penal, responsável pela manutenção das vidas inimigas em permanente abandono.

Trabalhando o paradigma do *campo de concentração* como a materialização desse estado de exceção permanente, Giorgio Agamben (2007b) associa a figura do *homo sacer* ao *muçulmano*, denominação utilizada pelos prisioneiros veteranos do campo de concentração — não para caracterizar aqueles que cultuavam a religião islâmica, mas — personificada na figura do prisioneiro exaurido e inepto cujo destino inevitável seria a câmara de gás. Muçulmano era aquele que se encontrava entre a vida e a morte, esgotado a ponto de não mais distinguir se vivo ou morto, cujo sacrifício era questão de tempo. Nos campos de concentração nazistas, o muçulmano era o *homo sacer* do século XX.

Para Giorgio Agamben (2007b, p. 181), o campo seria “um espaço em que vida nua e norma entram em um limiar de indistinção”, dando forma ao estado de exceção. Sobre a existência de campos de concentração na contemporaneidade, o autor reconhece a existência virtual de um “campo toda vez que é criada tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes aí cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica”:

> Será um campo tanto o estádio de Bari, onde em 1991 a polícia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses antes de reexpedi-los ao seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os hebreus antes de entregá-los aos alemães; tanto

> o *Konzentrationslager für Ausliinder* em Cottbus-Sielow, no qual o governo de Weimar recolheu os refugiados hebreus orientais, quanto as *zones d'attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto de refugiado. Em todos estes casos, um local aparentemente anódino (como, por exemplo, o Hotel Arcades, em Roissy) delimita na realidade um espaço no qual o ordenamento normal é de fato suspenso, e que aí se cometam ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana (por exemplo, nos quatro dias em que os estrangeiros podem ser retidos nas *zone d'attente*, antes da intervenção da autoridade judiciária).

Diante desse cenário, propomos um diálogo a partir da realidade penal brasileira. Em primeiro lugar, retomando as ideias de Carl Schmitt (1992), qual seria a estrutura própria do regime dito democrático brasileiro capaz de traduzir os limites do *antagonismo político* contemporâneo na identificação do inimigo público?

Se o conflito bélico é o único requisito para a distinção entre amigo e inimigo — de modo que todo antagonismo religioso, moral, econômico ou de qualquer natureza se transforma em oposição política na medida em que se fortalecem o suficiente para justificar a eliminação de um inimigo —, a primeira conclusão é que a guerra na sociedade brasileira dos nossos tempos desenvolve-se pelas práticas do sistema de justiça criminal.

Seja a guerra contra as drogas, contra o crime organizado, contra a corrupção, contra o terror ou contra a impunidade, o discurso bélico do combate ao mal por meio da eliminação do inimigo materializa-se no processo penal de exceção brasileiro. A roupagem democrática de um único ordenamento jurídico-penal destinado a todos os cidadãos é a mediação fraudulenta destinada a ocultar o *antagonismo político autoritário* desempenhado pelas práticas reais, que se orientam pela perseguição dos inimigos e proteção dos amigos conforme os interesses do mercado soberano.

No processo de intensificação da *criminalização da pobreza*, o tratamento dispensado ao inimigo é a rudimentar negação ao mero direito de defesa. Os milhares de casos de violência policial ou judicial são naturalizados na rotina institucional

aparentemente democrática. É a história do João[151], que foi espancado por seguranças, torturado por policiais militares e preso preventivamente por quatro meses, para só então ser absolvido da acusação de tentar furtar uma garrafa de vinho em uma pizzaria. É a história de Janaína[152], uma mulher apontada pelo Ministério Público como pessoa hipossuficiente, que faz uso abusivo de drogas e "já possui cinco filhos", sendo que por "levar uma vida desregrada, sem sequer possuir residência fixa e apresentar comportamento de risco" foi submetida a uma esterilização compulsória por ser "maior a possibilidade de a requerida contrair doenças venéreas e ter nova gestação indesejada, aumentando a sua prole de forma irresponsável e não planejada". É a história de Amarildo[153], torturado e executado por policiais militares no Rio de Janeiro. É a história de Ricardo[154], executado a queima roupa em horário de pico por policiais militares na região nobre de São Paulo. É a história de Rafael Braga[155], condenado por carregar desinfetante e água sanitária em uma das

[151] "Em junho de 2012, João foi a uma panificadora no bairro da Freguesia do Ó, na zona norte de São Paulo, comprar uma pizza. Na ocasião, foi acusado por funcionários da loja de tentar furtar uma garrafa de vinho. Os responsáveis pela loja chamaram a Polícia Militar, mas antes resolveram fazer "justiça" por eles mesmos. Deram uma surra em João dentro do próprio estabelecimento comercial. Com a chegada dos policiais, em vez de proteção, João recebeu dos soldados mais porradas, além de agressões verbais e ameaças. "Ameaçaram me levar para uma pedreira e me matar." Após passar pela Delegacia, João foi levado ao Centro de Detenção Provisória (CDP-I) de Pinheiros, onde foi conduzido ao Regime de Observação, o chamado RO, uma cela destinada aos presos recém-chegados à unidade. Ali, João passou seus primeiros quinze dias. Sem direito a banho de sol. Onde cabiam vinte pessoas, havia setenta. Depois de sair do RO, a situação continuou difícil. Para dormir era preciso encontrar um lugar entre os presos que superlotavam a cela. A comida, péssima, era até difícil de engolir. Enquanto esperava pelo julgamento, João só tinha notícias do andamento de seu processo por meio de sua ex-companheira e de agentes da Pastoral Carcerária. Em setembro de 2012, quatro meses depois de sua prisão, João foi finalmente julgado e absolvido" (BENVENUTI, Patrícia; NAVARRO, Cristiano. "Provisoriamente condenados…até que se prove o contrário". In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, 03 jun. 2013. Disponível em <https://diplomatique.org.br/provisoriamente-condenadosate-que-se-prove-o-contrario/> Acesso em 21 jun.2018).

[152] Disponível em <https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/25/em-entrevista-janaina-nega-aval-a-laqueadura-e-lamenta-separacao-dos-filhos_a_23467752/>. Acesso em 30 jun.2018.

[153] Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/caso-amarildo-entenda-o-que-cada-pm-condenado-fez-segundo-justica.html>. Acesso em 30 jun. 2018.

[154] Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/13/politica/1499967590_599102.html> Acesso em 30 jun. 2018.

[155] "Rafael Braga, único brasileiro condenado pelos protestos de junho de 2013 – por portar um frasco de desinfetante Pinho Sol –, recebeu agora uma condenação por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Em sentença publicada no dia 20, o juiz Ricardo Coronha Pinheiro, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, condenou o ex-catador de latas a 11 anos e três meses de prisão e ao pagamento de multa de 1.687 reais. A Braga foi atribuído o porte de 0,6 grama de maconha, 9,3 gramas de cocaína e um rojão. Desde seu primeiro depoimento em uma delegacia no Rio de Janeiro, o ex-catador afirma que tal material não lhe pertencia. Ele conta que, naquele 12 de janeiro de 2016, caminhava em direção à padaria para comprar pão quando foi abordado por policiais da UPP (Unidade de Polícia Pacificadora) da comunidade Vila Cruzeiro, na Penha. Braga cumpria sua pena pelo episódio de 2013 em regime aberto, com tornozeleira eletrônica. Ele afirma que, após ser revistado, os PMs ameaçaram jogar drogas em sua "conta". A defesa sustenta, ainda, que ele foi torturado e ameaçado de estupro. Segundo informações da Ponte Jornalismo, o juiz se recusou a ouvir uma testemunha arrolada pela defesa. Os únicos depoimentos considerados foram dados por policiais. Para a socióloga Nathalia Oliveira,

manifestações das Jornadas de Junho de 2013, regrediu de regime em 2014 porque um dos seus advogados postar uma foto sua em frente a uma pichação que dizia "você só olha da esquerda p/ direita, o Estado te esmaga de cima p/ baixo" e foi preso novamente em 2016 com base exclusivamente em declarações de policiais militares.

Essa potencialização da normalidade penal mediante o recrudescimento do arbítrio contra as classes populares ocorre simultaneamente ao processo de da *criminalização da resistência*, deflagrado na contemporaneidade pelas práticas do processo penal de exceção.

No caso de maior repercussão julgado no curso da Operação Lava Jato, o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva foi condenado com base em relatos prestados no contexto de uma *delação informal*, o que obviamente não tem previsão legal em nosso ordenamento. Pelos serviços prestados, José Adelmário Pinheiro Filho foi beneficiado com os privilégios da delação premiada mesmo sem ter formalizado acordo com qualquer autoridade[156] e suas palavras foram utilizadas para fundamentar a condenação do ex-presidente[157].

---

coordenadora da Iniciativa Negra por Uma Nova Política sobre Drogas (INNPD), a Lei de Drogas brasileira é um instrumento de controle social das periferias. "As pessoas são condenadas pelo CEP de onde moram, pela cor da pele e pelo testemunho do policial", diz. "Basta a cena: sujeito periférico, de cor preta. Se a polícia disser que ele é traficante com base em um objeto forjado, essa tese será facilmente aceita pela Justiça. É uma lei que dá muita liberdade para o policial e para o juiz." C"(Caso Rafael Braga: "A Justiça reforça a segregação racial no Brasil". Carta Capital, 26 abri.2017. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/caso-rafael-braga-justica-reforca-a-segregacao-racial-no-brasil>. Acesso em 09 jul.2018).

[156] "Ainda que tardia e sem o acordo de colaboração, é forçoso reconhecer que o condenado José Adelmário Pinheiro Filho contribuiu, nesta ação penal, para o esclarecimento da verdade, prestando depoimento e fornecendo documentos. […] Assim e considerando, cumulativamente, a elevada culpabilidade do condenado, o papel relevante dele no esquema criminoso, a colaboração tardia, a consistência do depoimento com as provas documentais dos autos, a relevância do depoimento para o julgamento deste feito, é o caso de não impor ao condenado, como condição para progressão de regime, a completa reparação dos danos decorrentes do crime, e admitir a progressão de regime de cumprimento de pena depois do cumprimento de dois anos e seis meses de reclusão no regime fechado, isso independentemente do total de pena somada, o que exigiria mais tempo de cumprimento de pena" (Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Sentença).

[157] "As declarações de José Adelmário Pinheiro Filho soam críveis. Considerando sua manifesta intenção de colaborar, não se vislumbra por qual motivo admitiria a prática de um crime de corrupção e negaria o outro. Caso sua intenção fosse mentir em Juízo em favor próprio e do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, negaria ambos os crimes. Caso a intenção fosse mentir em Juízo somente para obter benefícios legais, afirmaria os dois crimes. Considerando que a sua narrativa envolvendo o apartamento triplex encontra apoio e corroboração em ampla prova documental, é o caso de igualmente dar-lhe crédito em seu relato sobre o armazenamento do acervo presidencial" (Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Sentença).

Na década de 2010, ampliou-se o rol de inimigos do poder penal. Se antes a intervenção do sistema de justiça criminal era reservada às classes populares tradicionalmente perseguidas pela normalidade penal histórica, o processo penal de exceção acrescenta um novo elemento: além da pobreza, a resistência.

Dialogando com a proposta de Giorgio Agamben (2007b) sobre os campos como espaços onde o ordenamento jurídico normal é de fato suspenso e todas as atrocidades eventualmente praticadas não dependem das normas jurídicas postas, mas apenas e tão somente do senso ético dos agentes soberanos: quais seriam os nossos *campos*? Enxergamos ao menos dois campos como zonas de exceção no Brasil contemporâneo.

De um lado, o campo linguístico da exceção é o processo penal, no âmbito do qual as normas constitucionais são *aplicadas pela desaplicação* aos inimigos. Naturalizam-se práticas como flagrantes forjados, conduções coercitivas assumidamente ilegais, prisões preventivas como antecipação de penas, bloqueios arbitrários de patrimônio, delações mediante sequestro, violação de sigilo, vazamentos seletivos para execração pública, condenações sem prova e a própria negação explícita ao texto constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, flexibilizando-se casuisticamente a garantia da presunção de inocência.

De outra parte, o campo material da exceção são as prisões brasileiras, zonas de exclusão e banimento onde a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210/1984) é violada cotidiana, naturalizada e impunemente. Na obra *Prisões da exceção*, Alessandra Teixeira (2009) apresenta uma radiografia do sistema penal brasileiro para apontar como os detentos são privados da condição humana de modo que sua existência se aproxime cada vez mais de uma reedição contemporânea da figura do *homo sacer*.

No campo, a vida humana reduz-se à *vida nua*: mera existência animal. No campo, cria-se uma zona territorial de permanente indistinção entre fato e norma, em que a vida nua torna-se exposta e visível a todos. No campo, inexiste qualquer forma de mediação política ou jurídica em relação a vidas não mais inscritas no ordenamento. Processo penal e prisões são campos do Brasil contemporâneo, que

reservamos para os inúteis e indesejáveis que ameaçam os privilégios elitistas, sejam pobres imprestáveis ou adversários políticos inconvenientes.

Tal como Achille Mbembe (2016, p. 132) afirmou que “a vida de um escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte em vida”, a vida dos detentos brasileiros reclusos em prisões indistinguíveis de masmorras medievais é a própria morte em vida. Esse necropoder destinado a eliminar uma humanidade subalterna é instrumentalizado pelo processo penal operado como medida de exceção, que intimida, pune e elimina os inimigos com o terror das prisões brasileiras.

Nos processos penais de exceção, embora haja reconhecimento formal dos direitos fundamentais e garantias individuais, as práticas reais esvaziam de sentido o sistema garantista. Nas prisões brasileiras, embora haja o reconhecimento formal de normas constitucionais e uma legislação detalhada regulamentando a execução penal, a realidade demonstra tratar-se de um espaço territorial onde a norma vigente e a vida nua dos prisioneiros confundem-se em uma zona cinzenta de indistinção.

Os inimigos são combatidos pelo processo penal e eliminados pelo encarceramento nas penitenciárias, masmorras para onde enviamos esse *lixo humano* (Arendt, 1998, p. 180). Seres cuja mera existência é indesejável aos olhos do mercado porque ameaçam os privilégios elitistas: sejam os pobres imprestáveis, os adversários políticos, os intelectuais críticos, os comunicadores inconvenientes, a advocacia combativa, os servidores que permanecem leais à Constituição ou os setores estratégicos da economia nacional inconvenientes.

O sistema de justiça criminal transformou-se em uma máquina de perseguir as classes populares e todos aqueles identificados com a resistência democrática questionadora da racionalidade neoliberal, que impõe a concentração de riquezas e privilégios em detrimento à soberania popular. Perseguido pelo processo penal de exceção, o inimigo brasileiro é o *homo sacer* do século XXI.

4.3.5. Antiprincípio da luta de classes

> *"A jurisdição criminal do Estado burguês é o terror da classe organizada que não se distingue das chamadas medidas excepcionais utilizadas durante a guerra civil senão em certa medida."*
> — Evgeni Bronislávovich Pachukanis[158] —

A luta de classes é o motor da exceção.

O processo penal de exceção é o campo de batalha da luta de classes no Brasil contemporâneo. Enquanto o garantismo parte da premissa segundo a qual a lei penal seria um meio de prevenir *ações humanas lesivas*, o processo penal como medida de exceção é o mecanismo empregado pelo mercado soberano para enfrentar a *luta de classes*. Não se trata de proibir comportamentos que produzem lesões sociais e justificam a necessidade da intervenção penal garantista, mas de reprimir conflitos sociais e eliminar seletivamente os inimigos.

Segundo a epistemologia da exceção proposta na presente tese, o axioma fundamental "A5 – *Nulla injuria sine actione*" (princípio da materialidade) é fraudado pela máxima "A'5 – *Não há inimigo sem conflito*" (antiprincípio da luta de classes).

Vimos que, no garantismo de Luigi Ferrajoli, o princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação complementaria os princípios da necessidade e lesividade no que tange à questão sobre *quando (e o que) proibir*. Por sua vez, no modelo do processo penal de exceção o antiprincípio *da luta de classes* complementa os antiprincípios da seletividade e inimizade respondendo à questão sobre *quando (e quem) perseguir*.

Nesse sentido, a fórmula garantista necessidade-lesão-ação é substituída pela fórmula excepcional seletividade-inimigo-dominação. Um processo penal constitucional destinado a *apurar condutas* mediante a preservação das garantias

[158] Teoria geral do direito e marxismo, p. 124.

individuais do imputado dá lugar ao processo penal de exceção destinado a *reprimir conflitos* mediante a eliminação do inimigo.

> Se, ontem, o drama do sujeito era ser explorado pelo capital, hoje, a tragédia da multidão é não poder já ser explorada de todo, é ser objeto de humilhação numa humanidade supérflua, entregue ao abandono, que já nem é útil ao funcionamento do capital (Mbembe, 2014, p. 13-14).

A luta de classes não desapareceu na sociedade neoliberal, mas se adaptou ao novo modelo de produção e acúmulo de riqueza. Se durante a fase industrial do capitalismo a dinâmica da luta de classes assentava-se na premissa segundo a qual um *grande contingente de pessoas teria sua força de trabalho explorada* e transformada no lucro dos proprietários dos meios de produção, o modelo neoliberal de produção, circulação e apropriação de riqueza produz um *grande contingente de pessoas a ser eliminado*.

Com efeito, o apego irrestrito aos privilégios e a ambição desmedida pelo lucro elevam a desigualdade a níveis insustentáveis, produzindo um exército de seres humanos indesejáveis. Essa humanidade subalterna é produto das práticas reais de poder orientadas pela racionalidade neoliberal, no contexto de um processo de dominação em que “os riscos sistemáticos aos quais os escravos negros foram expostos durante o primeiro capitalismo constituem agora, se não a norma, pelo menos o quinhão de todas as humanidades subalternas” (Mbembe, 2014, p. 16).

O avesso do avesso é a face: se apontamos como alvos da criminalização nessa década (i) *pobres inúteis* ao mercado e (ii) *políticos, intelectuais, comunicadores, juristas e empresários inconvenientes* à racionalidade neoliberal, é preciso acrescentar que os dois fenômenos — criminalização da pobreza e da resistência — são frutos de uma mesma relação de dominação que só pode ser compreendida no âmbito da luta de classes.

Conforme a proposta de Juarez Cirino dos Santos (2005), é preciso retomar a obra de Karl Marx para compreender as práticas do sistema de justiça criminal na contemporaneidade:

> Retomar Marx é necessário, também, para mostrar que o sistema de justiça criminal se origina no processo de

> acumulação primitiva do capital, na transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista. A ruptura violenta das condições de vida dos camponeses – expropriados dos meios de produção e expulsos das terras feudais, mas desprovidos da disciplina necessária para o trabalho assalariado na manufatura ou na indústria incipiente – determina a formação de bandos de famintos, mendigos, vagabundos e ladrões, explicável pelas transformações históricas objetivas do modo de produção. Não obstante, para proteger a propriedade e controlar as chamadas "classes perigosas", definidas como "criminosos voluntários", cujas condutas seriam produtos de decisões pessoais, a burguesia nascente editou uma legislação criminal sangrenta, criou uma polícia para controle/repressão do povo excluído do mercado de trabalho e transformou castelos em prisões (Gand, Gloucester, Rasphuis etc.) para reclusão e disciplina (para o trabalho assalariado) das massas marginalizadas.

O capitalismo industrial produziu acúmulo de riqueza nas mãos dos donos das fábricas explorando a força de trabalho humana, de modo que era necessário um controle populacional rigoroso destinado a disciplinar indivíduos trabalhadores. Para que a mão de obra permanecesse desvalorizada, havia necessidade de uma população trabalhadora excedente e potencialmente disponível aos interesses dos exploradores.

A dinâmica da luta de classes na sociedade capitalista analisada por Karl Marx assentava-se na premissa de que, embora os meios de produção fossem propriedade privada de um pequeno grupo, o processo de transformação das mercadorias exigia a participação de um grande contingente de pessoas cuja força de trabalho seria objeto de exploração e transformação em lucro daqueles poucos proprietários dos meios de produção.

Todas as relações sociais intersubjetivas seriam estabelecidas a partir das relações econômicas com os meios de produção. Nesse passo, a origem de todos os conflitos da sociedade capitalista estaria, portanto, na *desarmonia entre os processos de produção e as relações de produção*.

> As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes; isto é, a classe que é a força *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força *espiritual* dominante. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, de

> modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios de produção espiritual. As ideias dominantes nada mais são que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação (Marx; Engels, 2007, p. 47).

Segundo essa abordagem, o modo como as relações de produção opera a partir da propriedade privada dos meios de produção e a consequente concentração da riqueza nas mãos desses proprietários seria contraditório com o próprio processo de produção. Por isso, toda lógica dos conflitos sociais se originaria do antagonismo entre a produção de bens e as condições materiais desse processo produtivo.

O motor da história estaria na incompatibilidade entre os processos produtivos e as condições materiais em que esses processos efetivamente se desenvolvem. Em outras palavras, a transformação do capitalismo na dialética da história seria marcada pelo descompasso entre a exploração da força de trabalho e a distribuição da riqueza.

Assim, o motor transformador da história estaria na conflagração entre os processos de trabalho e as relações de produção estruturadas a partir da propriedade privada e da lógica capitalista de distribuição da riqueza. O fato de alguns grupos desejarem a conservação das relações de produção vigentes e outros grupos buscarem a transformação de tais relações de produção visando à adequação de novas forças produtivas estabeleceria a lógica dos conflitos sociais na sociedade capitalista.

> Marx afirma que toda história é a história da luta de classes. No contexto de seu pensamento maduro essa tese encontra guarida na crise do sistema capitalista e espera que a crítica da economia política confirme suas teses de juventude. Ao capital total corresponderia o proletário total (o proletariado organizado em classe revolucionária), mas o desenho dessa figura depende do funcionamento da alienação, principalmente quando ela se desenvolve nas figuras mais complexas do capital e do próprio trabalho. Em sua forma plena, o capital se mostra um processo autônomo no qual ele mesmo gera naturalmente lucro; a terra, renda; e o trabalho, salário (Gianotti, 2013 in Marx, 2017, p. 68).

O motor da história seria, enfim, o conflito social. Seja na dimensão do descompasso entre força de trabalho e relação de produção ou segundo a perspectiva da luta de classes travada entre grupos sociais com interesses antagônicos, as relações sociais estariam sempre marcadas pelo conflito.

Na sociedade capitalista analisada pela teoria marxiana, o conflito estruturava-se a partir da luta de classes entre os proprietários dos meios de produção (burguesia) e os trabalhadores que vendem sua força de trabalho (proletariado).

Pela lógica aparente, o trabalho enquanto atividade transformadora da natureza implicaria relações de cooperação entre os trabalhadores que vendem a sua força de trabalho e os proprietários dos meios de produção. Essa aparente complementaridade funcional produz a ilusão de que todo processo de produção seria unido por interesses comuns.

Todavia, a realidade é que burgueses e proletários possuem interesses totalmente conflitantes, pois o processo de produção desenvolve-se mediante a exploração da força de trabalho de uns em troca do lucro de outros. Proprietários dos meios de produção e vendedores de força de trabalho não possuem nenhum interesse em comum.

Essa luta de classes é oculta propositalmente pelos elementos superestruturais ideológicos. A alienação é elemento central para ocultar a exploração da força de trabalho. Os proprietários dos meios de produção controlam as condições materiais do processo produtivo, na luta pela conservação dos elementos infraestruturais que permitem o domínio exercido em relação aos trabalhadores.

O valor da força de trabalho corresponde ao tempo de trabalho necessário para a produção de um determinado bem material. Idealmente e caso não houvesse exploração, o trabalhador deveria ser remunerado pela valorização do produto transformado no processo de produção. Todavia, o salário pago ao trabalhador é apenas o valor dos meios de subsistência necessários para manutenção da sua vida.

> Da mesma maneira que o tempo é a expressão quantitativa do movimento, o tempo de trabalho é a expressão quantitativa do trabalho. Conhecida sua qualidade, a única diferença de que o trabalho se torna suscetível é a diferença de sua própria duração. Como

> tempo de trabalho, tem seu padrão nas medidas naturais de tempo: hora, dia, semana etc. O tempo de trabalho é a substância vital do trabalho, indiferente à sua forma, conteúdo, individualidade; é sua expressão viva quantitativa, ao mesmo tempo que sua medida imanente. O tempo de trabalho realizado nos valores de uso das mercadorias é não somente a substância que faz delas valores de troca, e, por conseguinte, mercadorias, mas é também a medida de seu valor determinado (Marx, 2008, p. 55)

Desse modo, os elementos estruturais da sociedade capitalista aos olhos de Karl Marx deveriam ser analisados a partir do conflito entre burgueses — em defesa da propriedade dos meios de produção, como condição para manutenção de seus privilégios — e proletários, em busca de novas formas de relação de produção.

Em síntese, a sociedade capitalista seria caracterizada por um conflito permanente entre os donos dos meios de produção que exploram a força de trabalho e os não proprietários que tem sua força de trabalho explorada. Toda infraestrutura da sociedade capitalista analisada por Karl Marx gravita em torno da *exploração da força de trabalho*. Para o autor (Marx, 2017, p. 250), o processo de consumo da força de trabalho seria simultaneamente o processo de produção da mercadoria e do mais-valor.

Essa luta de classes orientada pela exploração da força de trabalho revela-se campo fértil para acumulação de capital pelos donos dos meios de produção, produzindo obviamente uma distribuição desigual de riqueza. Essa desigualdade resulta na produção de um contingente de pessoas que não conseguem sequer vender a sua força de trabalho.

O fenômeno da produção de uma população trabalhadora excedente como produto necessário da acumulação de riqueza na sociedade capitalista é identificado por Karl Marx (2017) como um *exército industrial de reserva*, ou seja, um grande contingente populacional disponível como força de trabalho não utilizada, mas potencialmente utilizável, de modo a assegurar a continuidade do modo de produção capitalista.

> À produção capitalista não basta de modo algum a quantidade de força de trabalho disponível fornecida pelo crescimento

> natural da população. Ela necessita, para assegurar sua liberdade de ação, de um exército industrial de reserva independente dessa barreira natural (Marx, 2017, p. 710).

Desse modo, uma população trabalhadora excedente seria condição necessária da sociedade capitalista. Essa *humanidade potencialmente disponível* aos interesses dos exploradores asseguraria a continuidade da relação de dominação de classe, pois representa um exército de reserva sempre pronto para ser explorado, independentemente dos limites reais de aumento populacional.

> Em todos esses casos, é preciso que grandes massas humanas estejam disponíveis para serem subitamente alocadas nos pontos decisivos, sem que, com isso, ocorra uma quebra na escala de produção alcançada em outras esferas. A superpopulação provê essas massas. O curso vital característico da indústria moderna, a forma de um ciclo decenal interrompido por oscilações menores de períodos de vitalidade média, produção a todo vapor, crise e estagnação, repousa sobre a formação constante, sobre a maior ou menor absorção e sobre a reconstituição do exército industrial de reserva ou superpopulação. Por sua vez, as oscilações do ciclo industrial conduzem ao recrutamento da superpopulação e, com isso, convertem-se num dos mais enérgicos agentes de sua reprodução (Marx, 2017, p. 708).

Inclusive, os mecanismos de fixação do salário seriam regulados pela expansão e contração do exército industrial de reserva, orientados pela alternância periódica do ciclo industrial. A remuneração da força de trabalho não seria balizada pelo movimento do número absoluto da população trabalhadora, mas “pela proporção variável em que a classe trabalhadora se divide em exército ativo e exército de reserva, pelo aumento ou redução do tamanho relativo da superpopulação, pelo grau em que ela é ora absorvida, ora liberada” (Marx, 2017, p. 712).

Portanto, a relação de dominação no capitalismo industrial era assegurada por esse exército de reserva sempre pronto para ser explorado, independentemente dos limites reais de aumento populacional:

> A transformação do dinheiro em capital exige que o possuidor de dinheiro encontre no mercado o ‘trabalhador livre', e livre sob um duplo sentido. É preciso, primeiramente, que o trabalhador possa dispor, como pessoa livre, de sua força de trabalho, como de uma mercadoria qualquer; é preciso, em seguida, que não tenha outra mercadoria a vender e que esteja livre e

> desembaraçado de todas as coisas necessárias para realizar, por conta própria, a sua força de trabalho. (Marx, 2017, p. 192).

Já o capitalismo financeiro gera concentração de riqueza nas mãos dos próprios donos do dinheiro, que se autorreproduz por mecanismos especulativos independentemente da força de trabalho humana. Além disso, mesmo na produção industrial e agropecuária o desenvolvimento de tecnologias tornou cada vez mais dispensável a população trabalhadora excedente.

Se no século XVIII era essencial para o capitalismo um exército de mão de obra reserva potencialmente disponível aos interesses dos exploradores, o desafio do poder econômico no século XXI é o que fazer com essa *humanidade subalterna descartável*.

O capital — que era produto da transformação de dinheiro em mercadoria para posterior circulação e geração de mais dinheiro (D-M-D) — cede protagonismo para a circulação na forma de capital usurário, em que se troca dinheiro por mais dinheiro (D-D'). O fenômeno que já havia sido identificado por Karl Marx:

> Já no capital usurário, a forma D-M-D' é simplificada nos extremos imediatos D-D', como dinheiro que se troca por mais dinheiro, uma forma que contradiz a natureza do dinheiro e, por isso, é inexplicável do ponto de vista da troca de mercadorias. (Marx, 2017, p. 239)

Portanto, há dois eventos relevantes que marcam a sistemática da luta de classes na sociedade neoliberal contemporânea: o desenvolvimento tecnológica aplicado aos processos de produção que reduziu drasticamente a necessidade da força de trabalho humana e a extrema desigualdade na distribuição dessa mesma riqueza.

Esse movimento reconfigurou a dinâmica da luta de classes na sociedade contemporânea, produzindo uma massa populacional que precisa ser eliminada. Não são mão de obra necessária à produção dos bens ou prestação de serviços, tampouco consumidores dos produtos oferecidos pelo mercado. São apenas obstáculos ao ciclo da concentração de riqueza e privilégios nas mãos de uma parcela cada vez menor da população.

Portanto, é importante identificarmos como a racionalidade neoliberal tem atuado sobre a necessidade do trabalho humano em face do capital e do mercado mundial num processo de rearticulação da colonialidade do poder própria de nossos tempos. Antes indispensável à produção de riquezas no capitalismo industrial, o excesso humano torna-se um obstáculo à acumulação de riquezas e privilégios segundo a lógica neoliberal.

Se, no início da era capitalista, um grande número de desempregados era necessário como exército de reserva de mão de obra[159], o desenvolvimento do mais-valor relativo tornou dispensável o excesso de mão de obra disponível, o que, somando-se à extrema concentração de riquezas, resultou em um grande contingente de seres humanos inúteis e descartáveis.

> O mais-valor relativo diz respeito à intensificação da mecanização da produção (industrial e agrícola) e, portanto, ao crescimento da produtividade que daí resulta. A automação é a sua tendência atual. Produzir o máximo de mercadorias pelo preço mais baixo, para extrair daí o máximo de lucro, é a tendência irresistível do capitalismo. Naturalmente, ela vem junto com uma exploração crescente da força de trabalho (Althusser, 2017, p. 47).

No Brasil, um estudo divulgado pela Oxfam Brasil no dia 25 de setembro de 2017 verificou que apenas seis pessoas concentram a mesma riqueza de cem milhões dos brasileiros mais pobres (Rossi, 2018). Obviamente, a manutenção de tamanha desigualdade social necessita de uma estrutura permanente de repressão violenta estatal.

Como o sistema de justiça criminal é uma instância da luta de classes, tanto os agentes políticos da esquerda quanto os empresários nacionais são combatidos pelo mesmo fundamento que tradicionalmente orientou a normalidade penal brasileira: a manutenção dos privilégios e a concentração das riquezas nas mãos das classes superiores.

---

[159] "O desemprego em massa constitui o exército industrial de reserva, quanto maior ele é, melhor para o capitalista que poderá assim afirmar ao proletário, no caso deste fazer greve, que pode contratar outra pessoa a um custo menor, fazendo o mesmo trabalho. Daí que o exército industrial de reserva seja tão importante para o capitalismo" (Marx, 2017).

Há um processo complexo de acomodação dos interesses dessas classes superiores. Sem atender ao afã de um olhar mais atento, aos propósitos da presente tese cabe traçarmos um panorama sobre esse quadro geral de composição das ambições de cada grupo na atual sociedade brasileira.

No topo, a elite internacional pretende manter a exploração colonial do Brasil e manipula a intervenção penal pelo discurso midiático, visando legitimar a eliminação de governos populares não alinhados completamente aos interesses do mercado, especialmente em assuntos como política econômica, privatizações, investimentos sociais, regulamentação de setores estratégicos como petróleo, *commodities*, exportações e indústria nacional.

Fiel aos interesses do capital financeiro internacional, a elite rentista brasileira deseja a preservação de seus privilégios a todo custo e adere às práticas punitivistas como forma de deslegitimar projetos políticos que tenham apelo social e estimular a repressão estatal violenta aos eventuais atentados contra suas regalias e propriedades.

Na base, classe média atua como exército de apoio e legitimação ao projeto elitista. Por mais que não concentre o capital econômico, a classe média atua egoisticamente na preservação de seus privilégios. Numa sociedade extremamente desigual, o que distingue os membros da classe média das massas populares é aquilo que Jessé Souza (2017, p. 95) denomina *capital cultural*:

> Afinal, o capital econômico se torna cada dia mais concentrado e é transmitido “pelo sangue” — a marca mais perfeita do privilégio injusto —, como ele o foi desde tempos imemoriais. Como o conhecimento, daí seu caráter de capital impessoal, é tão indispensável à reprodução do capitalismo como o próprio capital econômico, o capital impessoal e fundamental que sobra para a disputa das outras classes entre si é o capital cultural. Se entendermos isso, entenderemos também a situação da classe média brasileira como tropa de choque dos poderosos de plantão. A classe média vai tender — do mesmo modo como os ricos fazem com o dinheiro — a perceber o conhecimento valorizado como algo que deve ser exclusivo à sua classe social. Sua participação nos golpes contra as classes populares tem muito a ver, portanto, com estratégias de reprodução de privilégios e muito pouco com moralidade e combate à corrupção.

Os agentes responsáveis pelos setores estratégicos do sistema de justiça criminal — magistrados, promotores de justiça, procuradores, delegados — costumam ser autênticos representantes da classe média. Ao condicionar o provimento de cargos com vencimentos muito acima da média nacional a provas que avaliam habilidades de memorização de leis e reprodução de meros conceitos teóricos, os modelos atuais de concurso público são obstáculos à representatividade popular no sistema de justiça.[160]

A luta de classes na contemporaneidade diz respeito menos às *relações de produção* entre burguesia e proletariado e mais à *concentração de riqueza e privilégios* que distancia as classes superiores (elite e classe média) das classes populares. Nesse cenário, a dominação classista deixa de ser um meio de controle sobre a vida da população útil como força de trabalho e passa a ser um meio de eliminação da população inútil aos propósitos do mercado.

O que caracterizaria esse regime identificado por Rubens R.R. Casara (2017a, p. 39) como *pós-democracia* não é apenas a constatação de que pessoas e valores passam a ser tratados como mercadorias, “mas o fato de essa utilização se dar explicitamente, de forma cínica, sem pudor e sem qualquer limite (jurídico, ético etc.) em um Estado que se afirma democrático”.

Tratando especificamente da realidade estadunidense na década de 1990, Löic Wacquant (2003, p. 86) apontou que “a construção de prisões tornou-se, de fato, o principal programa de habitação social do país”. Atualizando o mesmo raciocínio ao Brasil da década de 2010, pode-se concluir que o abarrotamento e as péssimas condições das nossas penitenciárias representam — não apenas o principal programa habitacional, mas também — o principal programa de segurança pública e gestão da miséria humana na sociedade brasileira.

---

[160] Retomando a ideia exposta ao tratarmos do poder soberano na contemporaneidade: “Os concursos públicos no Brasil não foram feitos para escolher os melhores candidatos. Essa é a opinião do professor de Direito da FGV Rio, Fernando Fontainha, crítico voraz do sistema que filtra os ocupantes de cargos públicos no País. Para o acadêmico, a ideologia concurseira que se firmou ajuda a alimentar uma ‘indústria milionária de cursos preparatórios e um sistema de arrecadação que desvirtuou os processos seletivos’” (LAPORTA, Taís. “Concurso público é uma máquina de injustiça social”. Brasil econômico, 15 set.2014. Disponível em <http://economia.ig.com.br/carreiras/2014-09-15/concurso-publico-e-uma-maquina-de-injustica-social.html> Acesso em 30 mai. 2018).

Com efeito, o fenômeno que marca a contemporaneidade é apontado por Achille Mbembe como *devir-negro do mundo*. Na obra *Crítica da razão negra [Critique de la raison nègre, 2013]*, o autor demonstra como o significante *negro* é uma construção linguística que atende à lógica colonialista de dominação do escravo por seu senhor.

Para Achille Mbembe (2014, p. 18), o devir-negro do mundo seria o processo de desvinculação dessa condição exclusivamente à genética africana, a partir da produção de um contingente humano espalhado por todo o terceiro mundo submetido a formas de dominação total da vida semelhantes aos escravos dos séculos XV a XVIII:

> Pela primeira vez na história humana, o nome Negro deixa de remeter unicamente para a condição atribuída aos genes de origem africana durante o primeiro capitalismo (predações de toda a espécie, desapossamento da autodeterminação e, sobretudo, das duas matrizes do possível, que são o futuro e o tempo). A este novo carácter descartável e solúvel, à sua institucionalização enquanto padrão de vida e à sua generalização ao mundo inteiro, chamamos o devir-nego do mundo.

Diante desse cenário, um grande contingente humano que à época do capitalismo industrial era encarado como exército de mão de obra reserva (Marx, 2017, p. 712) tornou-se um obstáculo a ser eliminado. A luta de classes contemporânea é o conflito orientado pela necessidade do mercado de eliminar uma humanidade subalterna indesejável aos interesses da racionalidade neoliberal[161].

Permanece atual a observação de Friedrich Engels (2011, p. 22) no prefácio à terceira edição (1885) da obra *O 18 de brumário de Luís Bonaparte [Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, 1852]*, ao afirmar que

> Marx foi o primeiro a descobrir a grande lei do movimento da história, a lei segundo a qual todas as lutas históricas travadas no âmbito político, religioso, filosófico ou em qualquer outro campo ideológico são de fato apenas a expressão mais ou menos nítida de lutas entre classes sociais, a lei segundo a qual

[161] Retomando a ideia de Rubens R.R. Casara, no neoliberalismo “há apenas mercadorias e a elas deve ser atribuído um valor de troca. O resto, aquilo que não tem valor positivo de uma mercadoria, deve ser eliminado” (2017, p. 50).

> a existência e, portanto, também as colisões entre essas classes são condicionadas, por sua vez, pelo grau de desenvolvimento da sua condição econômica, pelo modo da sua produção e pelo modo do seu intercâmbio condicionado pelo modo de produção.

A luta travada na presente quadra histórica não deixa de ser um conflito entre classes sociais, condicionada pelo grau de desenvolvimento econômico, pelo modo de produção e pelo modo de distribuição da riqueza. Assim é que a luta de classes se reinventou em uma nova fase do capitalismo, mas ainda é possível compreender o movimento da história a partir da estrutura teórica marxiana.

O processo penal brasileiro como medida de exceção é a arena contemporânea da luta de classes. Já na década de 1920, Evgeni Bronislávovich Pachukanis (1988, p. 126) afirmou que "a jurisdição penal não é somente uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas também uma arma imediata na luta de classes". Se no capitalismo industrial essa arma servia à exploração de uma população como exército de mão de obra de reserva, hoje destina-se a eliminar um contingente humano descartável segundo a lógica do mercado.

4.3.6. Antiprincípio da ideologia

> *"A ditadura perfeita terá as aparências de uma democracia, uma prisão sem muros na qual os prisioneiros sequer sonharão com a fuga. Um sistema de escravatura onde graças ao consumo e ao divertimento, os escravos terão amor à sua escravidão."*
> — Aldous Huxley[162] —

[162] HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Editora Globo, 2001.

Eliminados pela força, dominados pelo espírito.

O processo penal de exceção é a resposta ideológica do mercado soberano à intensificação da luta de classes na sociedade brasileira contemporânea. Enquanto a categoria garantista da culpabilidade condiciona a intervenção penal ao *elemento subjetivo (dolo ou culpa) do imputado*, o processo penal como medida de exceção desloca a estrutura persecutória para uma forma de *subjetividade (crenças, valores, critérios morais) imposta pelo mercado*.

Conforme a epistemologia da exceção proposta na presente tese, o axioma fundamental "A6 – *Nulla actio sine culpa*" (princípio da culpabilidade) é fraudado pela máxima "A'6 – *Não há conflito sem ideologia*" (antiprincípio da ideologia).

Vimos que no modelo garantista o princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal complementaria os três princípios anteriores — da necessidade, lesividade e materialidade — no que tange à questão sobre *quando (e o que) proibir*. Por sua vez, no processo penal de exceção o antiprincípio da *ideologia* complementa os antiprincípios da seletividade, da inimizade e da luta de classes respondendo à questão sobre *quando (e quem) perseguir*.

Nesse sentido, o processo penal de exceção se desenvolve a partir de uma narrativa do conflito entre o bem e o mal. Se o garantismo vincula-se à ideia de um direito penal mínimo limitado a punir condutas lesivas à sociedade, a exceção promove um processo penal máximo em que o ódio é combustível ideológico para incendiar aqueles que ameaçam os privilégios das classes superiores.

Seguimos fiéis à proposta de Juarez Tavares (1980, p. 4-5) contra o "isolacionismo da ciência jurídico-penal", na tentativa de atribuir ao estudo da intervenção penal "os verdadeiros contornos de crítica social, necessária ao desmascaramento de posições inumanas e autoritárias, as quais, por via do raciocínio lógico, se apresentam, muitas vezes, como consequência natural do sistema posto".

Retomando o pensamento de Lola Aniyar de Castro (1980, p. 27), devemos assumir o sistema criminal

> como se fosse uma alcachofra e confrontando-a com o que na prática se castiga, poderíamos despojá-la, folha por folha, de

> todo o supérfluo, do simbólico, daquilo que é pura ideologia. O coração que apareceria a nossos olhos é o programa real de cada sistema de produção. Isso podemos fazer, também, através de outras vias. Ir, por exemplo, aos cárceres. Veremos ali, só, ladrões, principalmente. E os homicidas e os que ferem. Em alguns, casos muito especiais, violadores, estupradores, pequenos estelionatários e pequenos traficantes de drogas. E, naturalmente, se nos deixarem vê-los, também, delinquentes políticos.

Assim, tentando-se distanciar tanto quanto possível do isolacionismo dogmático da ciência penal em nome da aproximação concreta das práticas do sistema de justiça brasileiro — ou, sob inspiração de Lola Aniyar de Castro, buscando o coração do sistema penal ao despojá-lo do elemento simbólico e ideológico —, propõe-se uma tentativa de compreender o alcance da ideologia como mecanismo de dominação segundo o *materialismo histórico*.

Com efeito, o materialismo histórico é uma proposta científica de estudo dos fenômenos sociais que dá primazia ao mundo real e concreto. O pensamento não movimenta a história, são as causas materiais que condicionam as ideias. Assim, conceber a história segundo o materialismo significa compreender o mundo a partir de suas causas materiais.

Ao longo da história do pensamento filosófico, dois tipos de concepções sobre o entendimento do mundo se distinguem nitidamente. Enquanto o idealismo confere primazia ao observador, à aparência e às ideias, o materialismo sustenta-se na superioridade lógica e cronológica das próprias relações materiais.

O conflito pode ser ilustrado remotamente desde a filosofia grega. Se, de um lado, Sócrates partia de uma perspectiva dualista segundo o binômio corpo/alma ou matéria/espírito, Demócrito defendia a existência exclusiva da matéria, como átomos em movimento.

Partindo de uma abordagem materialista, Karl Marx trilha os caminhos de uma filosofia concreta, orientada para a transformação do mundo. Em *Teses sobre Feuerbach* (1845), o autor sintetiza a sua proposta metodológica: “Os filósofos apenas *interpretaram* o mundo de diferentes maneiras; porém, o que importa é *transformá-lo*.”

A filosofia marxiana é uma prática revolucionária, pois não se propõe a conhecer o mundo em sua essência natural, mas a partir das relações sociais materiais produzidas pelo homem.

> O modo pelo qual os homens produzem seus meios de vida depende, antes de tudo, da própria constituição dos meios de vida já encontrados e que eles têm de reproduzir. Esse modo de produção não deve ser considerado meramente sob o aspecto de ser a reprodução da existência física dos indivíduos. Ele é, muito mais, uma forma determinada de sua atividade, uma forma determinada de exteriorizar sua vida, um determinado *modo de vida* desses indivíduos. Tal como os indivíduos exteriorizam sua vida, assim são eles. O que eles são coincide, pois, com sua produção, tanto com *o que* produzem como também com o *modo como* produzem. O que os indivíduos são, portanto, depende das condições materiais de sua produção (Marx; Engels, 2007, p. 87).

Nesse contexto, parte-se da premissa segundo a qual uma ciência meramente analítica serviria à legitimação dos interesses dominantes, uma vez que reproduz as relações de dominação social como paradigmas inexoráveis. Por isso, mais do que intérprete de um espaço social, o materialismo histórico propõe que a ciência seja radicalmente transformadora das relações sociais de dominação.

Ao propor a superação da perspectiva idealista tradicional e do materialismo meramente contemplativo, Karl Marx direciona sua abordagem para as condições de produção da vida material a partir do processo de trabalho dos homens.

> Rompendo, pois, com as tradições tanto materialistas quanto idealistas, que buscavam ou uma natureza e necessidades humanas ou essências abstratas, Marx inscreverá o homem em seu trabalho, em sua relação objetiva com a natureza, na produção de sua vida material. Consegue, pois, definitivamente, ultrapassar a barreira filosófica da tradição moderna que limitava o homem a sua individualidade, a sua subjetividade. A compreensão humana é a partir da práxis, é a partir da atividade prática humana, da produção, do trabalho (Mascaro, 2014, p. 274).

Portanto, analisar a história a partir de uma abordagem metodológica materialista pressupõe a devida compreensão das condições materiais de uma sociedade. A prática crítica associa as condições materiais do pensamento às condições materiais de produção de bens no mundo capitalista.

O elemento histórico do materialismo refere-se às relações sociais como práxis humana. Não se trata de qualquer abordagem física ou empírica, mas de uma proposta científica inscrita na materialidade das relações de produção enquanto base econômica da sociedade.

> O primeiro ato histórico é, portanto, a produção dos meios para a satisfação dessas necessidades, a produção da própria vida material, e este é, sem dúvida, um ato histórico, uma condição fundamental de toda a história, que ainda hoje, assim como há milhares de anos, tem de ser cumprida diariamente, a cada hora, simplesmente para manter os homens vivos (Marx; Engels, 2007, p. 33).

Desse modo, a perspectiva apresentada por Karl Marx vincula as condições materiais de uma sociedade ao seu processo de produção de bens materiais na economia. A subjetividade apresenta-se como resultado diretamente vinculado ao sistema de produção, de modo que a infraestrutura da ideologia social é necessariamente econômica.

O materialismo histórico identifica que toda sociedade pode ser observada a partir de dois tipos de fenômeno: a infraestrutura econômica e a superestrutura ideológica.

De acordo com essa arquitetura estrutural, todos os elementos superestruturais encontrariam seus fundamentos nos elementos infraestruturais. Essa relação entre infra e superestrutura não se dá, contudo, de forma absolutamente vinculada e automática. Assim é que direito, moral, religião, cultura, filosofia, mídia etc. encontram suas causas últimas no sistema econômico de produção de bens.

> As determinantes últimas dessa compreensão da vida concreta, assim, residem, nas próprias palavras de Marx, nas relações de produção, que correspondem a determinada fase do desenvolvimento das forças produtivas materiais dos homens. Assim, dessa infraestrutura eleva-se uma superestrutura de relações religiosas, jurídicas, morais e políticas que não têm independência, mas antes são condicionadas pelas próprias relações de produção (Mascaro, 2014, p. 284).

Para Karl Marx, a *infraestrutura* pode ser identificada no conjunto formado pelos meios de produção, processo de trabalho e relações de produção. Trata-se da

base econômica da sociedade, que determinam os processos de exploração da força de trabalho no curso do processo de acumulação capitalista.

O elemento central da infraestrutura é identificado pelo autor como o *processo de produção de bens materiais*. Na visão do autor, todos os elementos superestruturais deveriam ser explicados a partir desse processo de produção dos bens materiais, constituído pelo processo de trabalho e pelas relações de produção.

Nessa perspectiva, o *processo de trabalho* pode ser definido com a atividade de transformação exercida sobre um objeto por certos meios ou instrumentos visando à sua transformação em produto. Por sua vez, as *relações de produção* são as condições históricas materiais e concretas em que o trabalho acontece em uma determinada sociedade (Marx, 2017).

> São relações de um tipo muito particular que existem, nas Sociedades sem classes, entre os agentes da produção quando todos os membros de uma formação social são agentes da produção ou, nas Sociedades de classes, entre os agentes da produção e outros personagens que não são agentes da produção e, no entanto, intervêm na produção Althusser, 1999, p. 51).

Ao transformar um objeto em produto a partir de meios ou instrumentos, o trabalho caracteriza-se como atividade humana que produz um resultado. O ponto central para compreender a lógica capitalista é exatamente distinguir o trabalho enquanto atividade e enquanto resultado. Como atividade, o trabalho implica gasto de energia para transformar objeto em produto. Esse gasto de energia despendida pelo trabalhador é chamado de força de trabalho. Como resultado, o trabalho seria o produto final dessa ação humana transformadora da natureza.

Essa distinção é essencial para compreender o sistema de produção dos bens materiais da sociedade capitalista clássica, uma vez que os proprietários dos meios de produção remuneram a força de trabalho e não o produto do trabalho. Para Karl Marx, o trabalhador não receberia pelo que produz, mas sim pela força física despendida no processo de produção.

Para viabilizar essa forma de dominação, o trabalho deve ser alienado. Em outras palavras, a alienação pressupõe que o trabalhador não tenha plena consciência

do processo produtivo como um todo, devendo estar circunscrito às limitações do segmento de sua atividade de modo que não compreenda a dominação social e a exploração da sua força de trabalho.

As relações de produção podem ser identificadas como a dimensão histórica concreta e real em que o trabalho se dá. Numa sociedade capitalista clássica, os dois elementos característicos das relações de produção seriam a propriedade privada dos meios de produção e o modo de distribuição da riqueza perante a sociedade.

> O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de guia para meus estudos, pode ser formulado, resumidamente, assim: na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência (Marx, 2008, p. 47).

Em síntese, a teoria marxiana apresenta a infraestrutura como o processo de produção de bens materiais. Esse processo de produção seria a união do processo de trabalho e das relações de produção. O processo de trabalho envolveria a atividade de transformação de objeto em produto a partir de certos meios ou instrumentos. Já as relações de produção seriam as condições históricas concretas em que o trabalho se desenvolve em uma determinada sociedade.

A *superestrutura*, por sua vez, seria tudo aquilo que não pode ser enquadrado como produção de bens materiais, condições materiais de produção, relações de produção e processo de trabalho. Haveria duas formas de manifestação: uma superestrutura de índole institucional jurídico-política e outra superestrutura de índole ideológica enquanto formas sociais da consciência.

Na síntese de Louis Althusser[163] (1999, p. 79),

> [...] Marx concebe a estrutura de toda sociedade como constituída por “níveis" ou “instâncias”, articulados por uma determinação específica: a infraestrutura ou base econômica ("unidade" das forças produtivas com as relações de produção) e a superestrutura que comporta em si mesma dois “níveis" ou “instâncias": o jurídico-político (o Direito e o Estado) e o ideológico (as diferentes ideologias: religiosa, moral, jurídica, politica, etc.).

Se a infraestrutura estaria dominada pelas relações de produção, caberia à superestrutura garantir a perpetuação da exploração dos trabalhadores assalariados. Em todo caso, portanto, a superestrutura revela-se fruto de estratégias dos grupos dominantes para a consolidação e perpetuação de um consenso legitimador do seu domínio, como condição de possibilidade das relações sociais existentes na infraestrutura seja a partir dos elementos jurídico-políticos ou ideológicos.

A dominação de classe se impõe não apenas como força material, mas como *força espiritual* das ideias dominantes:

> As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes; isto é, a classe que é a força *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força *espiritual* dominante. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios de produção espiritual. As ideias dominantes nada mais são que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação (Marx; Engels, 2007, p. 47).

Com base na infraestrutura material e concreta — meios de produção, processo de trabalho e relações de produção —, estruturam-se os fenômenos

[163] Veremos adiante que Louis Althusser não se limita a reproduzir a concepção marxiana sobre superestrutura, mas propõe a existência de duas formas pelas quais a superestrutura garante as condições de exploração de classe, garantir, “simultaneamente, as condições de exercício dessa exploração (Aparelho repressor de Estado) e a reprodução das relações de produção, isto é, de exploração (Aparelhos ideológicos de Estado)” (Althusser, 1999, p. 119).

apresentados por Karl Marx como superestrutura ideológica. Travestida de valores universais e eternos, a superestrutura “domina o espírito dos indivíduos e da sociedade, e esta instância ideológica não se deixa revelar como tal, ou seja, entendida como manipulada ou diretamente ligada aos interesses das classes exploradoras” (Mascaro, 2014, p. 282).

Na sociedade capitalista, o direito assume a forma de *sujeição como dominação*. Publicada originalmente em 1924, a obra *Teoria geral do direito e marxismo* de Evgeni Bronislávovich Pachukanis aproxima a forma jurídica da forma mercadoria. Se o núcleo do capitalismo é a mercadoria, o autor constrói a tese segundo a qual o próprio trabalhador se torna uma mercadoria denominada *sujeito de direito*,

O sujeito de direito — e não a norma jurídica — seria o elemento central da teoria do direito. “Toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, seu elemento mais simples, indecomponível. Por isto começaremos nossa análise pelo sujeito” (Pachukanis, 1988, p. 68). Nesses termos, o autor inaugura o Capítulo IV da mencionada obra *Teoria geral do direito e marxismo [1924]*, identificando o *sujeito de direitos* como elemento central do tecido jurídico a partir de uma perspectiva alinhada à abordagem de Karl Marx ao tratar da mercadoria como forma elementar da produção capitalista[164].

Ao contrário do escravo, que seria assujeitado pelo seu senhor, o sujeito de direito não possuiria um vínculo de dominação com outra pessoa, mas seria assujeitado pelo próprio direito. Desse modo, estaria caracterizada uma conexa íntima e necessária entre as condições da produção capitalista e a forma da subjetividade jurídica. Portanto, “a primeira grande ferramenta técnica relacionada diretamente à questão da norma jurídica é o conceito de *sujeito de direito*. Tal conceito é a pedra angular de todo direito e de toda a sociedade capitalista contemporânea” (Mascaro, 2016, p. 100).

Na sociedade capitalista, o direito se torna uma instância autônoma, desvinculada da moral e da religião. Em formas pretéritas de organização social, seja

[164] “A riqueza das sociedades onde reina o modo de produção capitalista aparece como uma 'enorme coleção de mercadorias ', e a mercadoria individual como sua forma elementar. Nossa investigação começa, por isso, com a análise da mercadoria” (Marx, 2017, p. 113).

nos sistemas feudais ou escravagistas, não havia uma instância especificamente jurídica. Assim, o capitalismo industrial inaugura uma forma específica de exploração que passa a ser assegurada pela forma jurídica de dominação. Se o modo de produção capitalista pressupõe a exploração da força de trabalho e a circulação de mercadorias, o direito é a instância que garante a sujeição dos explorados e a troca de mercadorias[165].

> Conclui-se então que, para analisar as definições fundamentais do direito, não seja preciso partir do conceito de lei e utilizá-lo como fio condutor já que o próprio conceito de lei, enquanto decreto do poder político, pertence a um estágio de desenvolvimento onde a divisão da sociedade em esferas civil e política já está concluída e consolidada e onde, por conseguinte, já estão realizados os momentos fundamentais da forma jurídica (Pachukanis, 1988, p. 12).

Entre nós, Alysson Leandro Mascaro (2013, p. 5) aponta que a célula mínima das estruturas capitalistas de exploração é a *mercadoria*, de modo que uns vendem e outros compram e essa transação comercial pressupõe que compradores e vendedores sejam considerados *sujeitos de direito*, ou seja, pessoas capazes de se vincularem por meio de um contrato no qual trocam *direitos subjetivos e deveres*.

Essa troca de direitos seria orientada por uma suposta autonomia da vontade dos sujeitos. A forma jurídica individualiza-se dos códigos morais e dos mandamentos religiosos nem para estruturar institutos que garantam as transações mercantis. “Entender o direito a partir do movimento mais simples do capitalismo — as trocas mercantis — é captar o ponto que dá a qualificação específica ao direito moderno” (Mascaro, 2013, p. 5).

---

[165] Tais circunstâncias já haviam sido antecipadas por Karl Marx: “As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica. Aqui, as pessoas existem umas para as outras apenas como representantes da mercadoria e, por conseguinte, como possuidoras de mercadorias (Marx, 2017, p. 159).

Conforme a visão pachukaniana, o direito não é um mero conjunto de normas jurídicas. Trata-se de um fenômeno posto a partir das estruturas da sociabilidade capitalista O sistema jurídico “enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida” (Pachukanis, 1988, p. 47).

Assim, a visão crítica proposta pelo autor parte da exploração do trabalho alheio como essência do direito. As questões essenciais do sistema de justiça estariam assentadas não em normas jurídicas, mas na exploração vinculada à base material econômica concreta produtiva (exploração, capital, mercadoria) de onde o direito seria uma das formas derivadas destinadas a assegurar a dominação.

Nesse sentido, a posição pachukaniana seria antinormativa:

> Se o direito pode aparecer para Pachukanis como uma relação entre sujeitos, isso implica uma posição teórica antinormativa que recusa a prevalência da norma sobre a relação, isto é, que recusa a premissa de que é a norma que gera a relação jurídica (Naves, 2000, p. 64).

Para Marcio Bilharinho Naves (2000), a concepção pachukaniana do direito não se limitaria à associação da forma jurídica a uma mera circulação de mercadorias. O traço característico do direito moderno seria a transformação da força de trabalho em mercadoria ligada ao fenômeno da plenitude mercadológica, onde tudo teria se tornado fungível.

Em formas sociais anteriores, a exploração do trabalho alheio se dava por mecanismos compulsórios. Ilustrativamente, na escravidão e no feudalismo havia submissão direta do explorado ao senhor. A partir da estrutura capitalista, o trabalhador vincula-se formal, jurídica e contratualmente ao explorador. Não se trata aparentemente de uma relação de força, mas uma relação declarada como troca.

> A esfera da circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e a venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham. Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o

> outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu. Bentham, pois cada um olha somente para si mesmo. A única força que os une e os põe em relação mútua é a de sua utilidade própria, de sua vantagem pessoal, de seus interesses privados (Marx, 2017, p. 250-1).

Portanto, trabalhador assalariado e os proprietários dos meios de produção passam a ser ficticiamente tratados como equivalentes, sujeitos que negociariam em posições iguais em uma relação orientada pela autonomia da vontade. Tal isonomia advém da noção fungível de mercadoria, em que produtos e serviços podem ser convertidos em dinheiro.

A equivalência entre todas as mercadorias que podem ser reduzidas a uma quantia em dinheiro possibilita a troca. É esse elemento que permite o estabelecimento de um contrato entre explorados e exploradores ambos. A liberdade para contratar e a autonomia da vontade são elementos fictícios que ocultam a essência da dominação jurídica.

> Do direito pré-capitalista para o direito capitalista, mudam as formas de relação social. Se o fenômeno jurídico na antiguidade tratava de tudo diretamente, porque, no mando imediato ou artesanalmente, a tudo se pode ponderar a sua natureza justa, o direito moderno tratará de tudo por meio das formas sociais e jurídicas do capitalismo: subjetividade jurídica, direito, dever, autonomia da vontade, vínculo, obrigação etc. Nessas formas, o direito tratará daquilo que as normas jurídicas e os institutos jurídicos estatais tratarem (Mascaro, 2016, p. 26-7)

As estruturas jurídicas se expandiram de modo generalizado como consequência da hegemonia social da estrutura mercantil. Nesse cenário, o direito não seria apenas mais uma tática de dominação na luta de classes, mas a própria condição de existência da sociedade capitalista. Ao contrário dos instrumentos morais ou religiosos de poder, que não são indispensáveis à existência da forma capitalista de exploração, o direito seria imprescindível para garantir o lucro e a apropriação da força de trabalho. É “impossível imaginar o capitalismo sem o aparato jurídico” (Mascaro, 2014, p. 479).

Portanto, o direito só poderia se estabelecer entre sujeitos declaradamente livres e iguais entre si. Para que o capital possa explorar o trabalho, foi necessário o

surgimento da categoria *sujeito de direito*. Aquele que outrora estava assujeitado pela força em relações feudais ou escravocratas passou a ser *assujeitado pelo direito*.

> É, por fim, em *O capital* que Marx estabelece as condições de emergência e de funcionamento do direito burguês, estreitamente vinculadas às determinações do processo do valor de troca. Marx mostra que as categorias da liberdade e da igualdade e a forma-sujeito (universal) emergem apenas no momento histórico da constituição da sociedade mercantil-capitalista, que, por se fundar no trabalho assalariado, necessita romper com as formas de dependência pessoal do feudalismo. O homem tem de ser livre para poder vender a sua força de trabalho no mercado, por meio de um contrato, portanto, sem que seja submetido a quaisquer modalidades de coerção ou de perturbação de sua vontade, e em condições de igualdade diante do comprador. Dotado de capacidade jurídica, o homem se transfigura em sujeito de direito, tornando-se apto a negociar a única mercadoria de que é proprietário, a sua força de trabalho (Naves, 2005, p. 103).

Na sociedade capitalista neoliberal, o direito é um mecanismo de controle populacional orientado à eliminação de corpos inúteis e inconvenientes. A sujeição das massas ao sistema jurídico tem como destino a execução ou a prisão, onde os excluídos são privados da mínima condição humana como forma de repressão violenta a qualquer impulso questionador dos privilégios elitistas e da extrema desigualdade social.

Enquanto as relações de produção próprias do capitalismo industrial orientavam toda superestrutura social com a finalidade de dominar a população manipulando corpos dóceis e úteis (biopolítica), o desenvolvimento do mais-valor relativo e a extrema concentração de riquezas próprios do capitalismo financeiro altera o paradigma do direito: trata-se (não mais da exploração do sujeito de direito, mas) da eliminação por intermédio das práticas do sistema de justiça (necropolítica).

Fato é que as medidas neoliberais aprofundam inevitavelmente a desigualdade social e sua proposta inicial para lidar com esse problema tem sido o encarceramento em massa da classe excluída. Seguindo a mesma lógica, ao menor sinal de redução dos privilégios a elite responde da mesma maneira contra a classe política que não atende integralmente às demandas neoliberais: processo penal e

prisão como remédios simultaneamente para destituir e deslegitimar um governo popular e inviabilizar a atividade empresarial nacional.

> O poder penal é um dos principais instrumentos para o controle social de pessoas indesejáveis aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico. O poder penal, que antes relacionava-se com o mercado de trabalho, em uma quadra histórica na qual a relação entre o cárcere e a fábrica era inegável, uma vez que a pena era vista como uma medida correcional que visava preparar pessoas para a cultura do trabalho, hoje tem a finalidade política de neutralizar os inimigos e anteder à razão neoliberal. O neoliberalismo, aliás, percebido como um modo de governar a sociedade, tem que recorrer ao poder penal para sustentar o projeto capitalista (Casara, 2017, p. 92-93).

Nesse cenário, a aliança entre os agentes da justiça, a grande mídia e os donos do capital manipula a intervenção penal como arma de guerra. O combate dissimulado vale-se de uma arma potente contra o inimigo: o processo penal, instrumento capaz de produzir os danos mais cruéis oficialmente (prisão) e oficiosamente (execução, tortura, intimidação, controle, deslegitimação).

> No Estado Pós-Democrático, o que importa é assegurar os interesses do mercado e da livre circulação do capital e das mercadorias, com o controle ou mesmo a exclusão dos indivíduos disfuncionais, despidos de valor de uso ou inimigos políticos. (Casara, 2017, p. 133)

A pretexto de se aplicar a lei penal — que se diz geral e abstrata —, direciona-se concretamente a persecução criminal para eliminar alvos identificados de acordo com a conveniência do mercado soberano. Os operadores do direito são cooptados pela elite econômica que domina os sistemas político e midiático contra a soberania popular, visando à implementação definitiva de práticas neoliberais em detrimento à soberania popular e aos comandos constitucionais.

Diante disso, a ideologia dominante entre os aplicadores do direito no sistema de justiça criminal é consolidada pelo discurso midiático como o combate maniqueísta do bem contra o mal, a luta contra a impunidade, a guerra contra o crime. Fraude na pele de processo penal, a forma ideológica da persecução criminal envolve os propósitos inconfessáveis da racionalidade neoliberal.

Para Rubens R.R. Casara (2017, p. 122-3),

> é ideológica tanto a visão que naturaliza o afastamento de direitos e garantias fundamentais em nome do ‘combate à criminalidade’ ou da ‘guerra à corrupção’ quanto a já mencionada distorção autoritária do ‘primado da hipótese sobre o fato’, em que o juiz-inquisidor, convencido de uma versão, passa a produzir e selecionar provas, de modo a construir uma ‘verdade’ (que ele já ‘conhece’) em detrimento dos fatos.

O pensamento de Evgeni Bronislávovich Pachukanis (1988) demonstra a existência de uma vinculação ideológica indissociável do direito ao capital. A ideologia jurídica é o elemento que garante a reprodução das relações de dominação nas sociedades capitalistas, desempenhando a função de ocultar mediante a aparência de igualdade uma realidade irremediavelmente desigual.

Enquanto no capitalismo industrial essa dominação se ocultava ideologicamente pela sujeição ao direito — sujeitos de direito como classe explorada e *assujeitada* pelo direito, livres para vender a sua *força de trabalho* —, a racionalidade neoliberal atualiza a ideologia da sujeição ao direito pela ideia central de *combate ao crime* por meio do direito penal.

Na sociedade brasileira contemporânea, há um claro movimento pelo recrudescimento do poder penal em todas as dimensões. No âmbito legislativo, duas iniciativas merecem destaque. De um lado, há projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 5065/2016) e no Senado Federal (272/2016) com o objetivo de modificar a Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/2016) para criminalizar manifestações políticas e ideológicas. De outra parte, o projeto de lei patrocinado pelo Ministério Público Federal apelidado de *10 medidas contra a corrupção* pretende trazer “eficiência” no “combate à corrupção” por meio da anulação de direitos fundamentais e garantias individuais.

Mesmo sem uma legislação de exceção explícita, as práticas reais do sistema de justiça criminal têm se apresentado contaminadas pela ideologia punitivista. A mediação com as formas institucionais do processo penal pretende ocultar a essência autoritária da perseguição contra o inimigo, que transparece no

apelo à voz das ruas pelos aplicadores do direito — seja para legitimar prisões[166], seja para soltar policiais militares acusados de execução[167] — ou na avocação por parte dos acusadores da missão de "depurar o processo político nacional"[168].

Na era do autoritarismo líquido (Serrano, 2018b), quando medidas de exceção se apresentam diluídas em formas democráticas, o sistema de justiça desempenha a função tirânica de controle e eliminação do inimigo como reedição contemporânea da dominação de classe.

Se no passado a ideologia jurídica legitimava o controle das classes populares visando à exploração de sua mão de obra (exército industrial de reserva), hoje o discurso do processo penal de exceção tem justificado a eliminação de uma população inútil ou inconveniente à concentração de riquezas e privilégios (exército de seres descartáveis).

A dominação ideológica, que anteriormente se destinava à exploração da força de trabalho, hoje legitima a eliminação de uma humanidade subalterna. Os explorados de antes já não interessam sequer como mão de obra, são meros obstáculos à acumulação do capital. Portanto, o *sujeito de direito* — um sujeito *controlado* pelo direito — como tática de dominação na sociedade capitalista industrial passa a ser o *alvo do direito* — um sujeito *eliminado* pelo direito — como tática de guerra na sociedade neoliberal contemporânea.

---

[166] "Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal" (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).
[167] "Os dois PMs flagrados executando dois traficantes feridos no chão no último 30 de março no subúrbio norte do Rio responderão ao processo em liberdade e trabalhando. O juiz que revogou a prisão preventiva dos agentes, Alexandre Abrahão Dias Teixeira, disse na sua decisão que "meditou muito sobre cada detalhe" do procedimento e "ponderou especialmente a voz das ruas." Um abaixo assinado na plataforma change.org recolheu mais de 104.000 assinaturas de apoio aos policiais sob a chamada "heróis do 41º BP", em referência ao batalhão onde atuavam os agentes envolvidos". (Juiz ouve a "voz das ruas" e solta PMs acusados de execução no Rio. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/20/politica/1492707645_809059.html>. Acesso em 22 out.2018).
[168] Em carta a procuradores, Janot alerta para 'democracia sob ataque'. Valor Econômico, 14 mar.2017. Disponível em<https://www.valor.com.br/politica/4899752/em-carta-procuradores-janot-alerta-para-democracia-sob-ataque>. Acesso em 09 jul.2018.

4.3.7. Antiprincípio do espetáculo

> *"O espetáculo, compreendido na sua totalidade, é simultaneamente o resultado e o projeto do modo de produção existente. Ele não é um complemento ao mundo real, um adereço decorativo. É o coração da irrealidade da sociedade real."*
> — Guy Debord[169] —

Pornografia penal: imagem não é nada, alienação é tudo.

O processo penal de exceção fabrica uma representação do mundo adequada à racionalidade neoliberal. Tal uma novela roteirizada sob encomenda do mercado para produzir necessidades de consumo e responder aos anseios e angústias do telespectador, a luta contra o crime é comercializada numa fantasia alienante que estimula o medo, o ódio, os instintos violentos e autoritários da sociedade brasileira.

Segundo a epistemologia da exceção que temos proposto na presente tese, o axioma fundamental "A7 – *Nulla culpa sine judicio*" (princípio da jurisdicionalidade) é fraudado pela máxima "A'7 – *Não há ideologia sem espetáculo*" (antiprincípio do espetáculo).

Vimos inicialmente que o sistema garantista sustenta-se no princípio da *jurisdicionalidade*, que reúne a essência de todas as demais garantias processuais, condicionado a responsabilização criminal ao pressuposto da submissão à jurisdição, mediante a lógica da presunção de inocência, da separação entre juízo e acusação, do ônus acusatório da prova e do direito irrenunciável à defesa. Nesses termos, a jurisdicionalidade garantista traduz a essência do cognitivismo processual e responde à questão sobre *quando e como julgar*.

---

[169] DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Paráfrase em português do Brasil: Railton Sousa Guedes. Projeto Periferia, 2003, p. 18.

Por sua vez, no processo penal de exceção é a lógica do *espetáculo* que responde a essa mesma questão. No espetáculo penal, subverte-se a lógica da presunção de inocência mediante uma narrativa maniqueísta do bem contra o mal, dos heróis contra os vilões, da justiça contra o crime. Assim, o *cognitivismo processual* que caracteriza a epistemologia garantista é fraudado no processo penal de exceção pela *espetacularização processual*.

O espetáculo criminal é a síntese de todos os antiprincípios da exceção expostos até o momento. A lógica da beligerância (A'1) é o pano de fundo da construção de um enredo legitimado pelo clamor social (A'2), que atribui ao sistema de justiça a prerrogativa de violar seletivamente (A'3) os direitos e garantias do inimigo (A'4) exercendo uma dominação de classe (A'5) instrumentalizada pela ideologia penal do conflito (A'6).

Enquanto o garantismo pressupõe o dever de o juiz analisar concreta e motivadamente a veracidade ou a falsidade da hipótese acusatória, o processo penal de exceção desvirtua a atuação do magistrado como personagem de uma ficção encenada pelos meios de comunicação de massa.

Nesse cenário, o julgador se alia ao acusador como heróis que combatem a impunidade, a violência, a corrupção e todos os males que assombram a segurança pública. Para Rubens R.R. Casara (2017, p. 164), o juiz abandona sua função constitucional ao deixar de ser "o garantidor dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República a todos e a cada um, independentemente da vontade da maioria, para se tornar o diretor preocupado com o desenvolvimento do espetáculo, com a audiência".

Na equação do processo penal de exceção, a narrativa do espetáculo é produto da soma de fatos verdadeiros e versões imaginárias, subtraindo-se os direitos e garantias individuais dos inimigos. Multiplica-se o autoritarismo pela divisão da sociedade em inimigos e "cidadãos de bem". Ao combinar provas verdadeiras com hipóteses deturpadas, corrompe-se a objetividade democrática do processo com a subjetividade tirânica das medidas de exceção.

Assim, os direitos fundamentais e garantias individuais são acessórios dispensáveis no enredo que se vale do medo que anuncia a prisão como solução e o processo penal como instrumento de segurança pública. O processo penal de exceção manipula e é manipulado pela indústria da comunicação, de modo que a mercadoria criminal atende ao desejo da audiência na mesma proporção em que os operadores do direito são aclamados pelo auditório:

> Não raro, os julgamentos e execuções midiáticos são mais céleres e festejados do que aqueles realizados pelo Poder Judiciário. Não raro, geram ainda mais injustiça. Não raro, os julgamentos midiáticos influenciam os julgamentos do Poder Judiciário, isso porque muitos juízes também querem ser festejados pelos meios de comunicação de massa (Casara, 2017, p. 100).

Para Nilo Batista (2003, p. 1), essa "especial vinculação entre a mídia e o sistema penal constitui, por si mesma, importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio". O autor aponta o compromisso da imprensa com o empreendimento neoliberal como chave para compreender a "parceria" entre os sistemas penal e midiático.

Na fantasia roteirizada sob medida aos interesses da racionalidade neoliberal, são heróis aqueles que violam — alegando *interpretar*, *relativizar* ou *flexibilizar* — os direitos e garantias fundamentais como obstáculos à eficiência punitiva estatal. Ao invés de um processo garantista destinado ao conhecimento dos fatos mediante a avaliação de provas lícitas, tem-se um espetáculo destinado a entreter o desejo de audiência, que se anuncia como produto da opinião pública.

Todavia, conforme apontado por Rubens R.R. Casara (2017, p. 165), tal *opinião pública* é "sempre seletiva e muitas vezes construída por meios coercitivos, identifica-se com a opinião publicada pelos meios de comunicação de massa, opinião que passa a regular o desenvolvimento do caso penal espetacularizado".

O processo penal deixa de ser uma *garantia* inerente ao direito de defesa do cidadão contra a intervenção estatal arbitrária e passa a ser uma *arma de guerra* encenada num espetáculo violento que legitima a eliminação de uma humanidade descartável. Em comum, tanto a novela quanto a luta contra o crime fazem parte de

um mesmo espetáculo orientado pelo discurso publicitário, destinado à alienação das grandes massas.

> Hoje é impossível pensar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal sem analisar o funcionamento dos meios de comunicação de massa, que produzem hipóteses acusatórias, selecionam “provas”, julgam (sem os limites impostos pelas constituições democráticas) e executam pessoas diante de seus leitores, ouvintes e espectadores (Casara, 2017, p. 99).

Para Giorgio Agamben (2011, p. 165), a democracia contemporânea seria inteiramente fundada na glória, definida como eficácia da aclamação disseminada pela mídia. O autor aponta que o termo grego para *glória* (doxa) é o mesmo que utilizamos atualmente para designar *opinião pública*. Nesse sentido, refere-se à obra de Guy Debord como pioneira em identificar o processo de transformação da política e da economia capitalista em um *acúmulo de espetáculos*.

Com efeito, a categoria *sociedade do espetáculo* foi desenvolvida por Guy Debord na obra *A sociedade do espetáculo [La Société du spectacle, 1967]*. O autor trabalha o conceito de espetáculo como o conjunto das relações sociais mediadas pelas imagens, a serviço das relações de produção e consumo de mercadorias.

O *espetáculo* apontado por Guy Debord não se resumiria à onipresença dos meios de comunicação de massa, seu aspecto mais visível e superficial. Em sentido mais amplo, o espetáculo seria a forma de uma sociedade capitalista na qual todas as relações são mercantilizadas e envolvidas por imagens numa representação que pretende justificar as formas de dominação de classe.

A epígrafe que inaugura a obra é uma citação de Ludwig Feuerbach, extraído do prefácio à segunda edição da obra *A essência do cristianismo [Das Wesen des Christentums, 1841]*, segundo a qual vivia-se em uma época que prefere a imagem à coisa, a cópia ao original, a fantasia à realidade, a aparência ao ser, de modo a ilusão seria sagrada e a verdade, profana. E quanto maior o grau de ilusão, mais alto seria o grau de sacralidade.

Para Guy Debord (2003, p. 14), a vida das sociedades do capitalismo industrial se anunciava como imensa acumulação de espetáculos. O real pouco interessava diante da fumaça da representação:

> O espetáculo é ao mesmo tempo parte da sociedade, a própria sociedade e seu instrumento de unificação. Enquanto parte da sociedade, o espetáculo concentra todo o olhar e toda a consciência. Por ser algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada.

Desse modo, o espetáculo não seria um mero conjunto de imagens, mas uma relação social entre as pessoas mediada por imagens. Enquanto representação do real, é uma visão cristalizada do mundo. É "simultaneamente o resultado e o projeto do modo de produção existente. Ele não é um complemento ao mundo real, um adereço decorativo. É o coração da irrealidade da sociedade real" (Debord, 2003, p. 15).

O conteúdo comercializado pelo espetáculo é o modelo dominante da vida social. Na forma de uma relação entre pessoas mediada por imagens, naturaliza-se a exploração de classe assegurada pelos processos capitalistas relações de produção, processo de trabalho e formas de acumulação de capital.

Portanto, a forma e o conteúdo do espetáculo para Guy Debord materializam a justificação permanente do modo de produção dominante. O espetáculo produziria um mundo invertido, no qual se nega a realidade por imagens ilusórias que fabricam consensos aparentes.

> O espetáculo é o momento em que a mercadoria chega à *ocupação total* da vida social. Tudo isso é perfeitamente visível com relação à mercadoria, pois nada mais se vê senão ela: o mundo visível é o seu mundo. A produção econômica moderna estende a sua ditadura extensiva e intensivamente. Até mesmo nos lugares menos industrializados, o seu reino já se faz presente com algumas mercadorias-vedetas, com a dominação imperialista comandando o desenvolvimento da produtividade. Nestas zonas avançadas, o espaço social é invadido por uma sobreposição contínua de camadas geológicas de mercadorias. Neste ponto da «segunda revolução industrial», o consumo alienado torna-se para as massas um dever suplementar à produção alienada. *É todo o trabalho vendido* de uma sociedade, que se torna globalmente mercadoria total, cujo ciclo deve prosseguir (Debord, 2003, p. 32-3).

Comentando a obra de Guy Debord, Anselm Jappe (1997) identifica que no espetáculo a realidade torna-se uma imagem e as imagens tornam-se realidade, de

modo que “o espetáculo é uma verdadeira religião terrena e material, em que o homem se crê governado por algo que, na realidade, ele próprio criou”.

Assumindo forma semelhante à religião, o espetáculo capitalista trabalha a alienação social por meio de crenças e alegorias. Ao naturalizar a concentração de riquezas e impedir que o trabalhador tenha plena consciência do processo produtivo como um todo, o poder espetacular instaura uma relação de dominação e exploração da classe trabalhadora. Quanto mais o espectador contempla imagens dominante, menos ele vive para compreender as condições de sua existência.

> O espetáculo na sociedade representa concretamente uma fabricação de alienação. A expansão econômica é principalmente a expansão da produção industrial. O crescimento econômico, que cresce para si mesmo, não é outra coisa senão a alienação que constitui seu núcleo original (Debord, 2003, p. 26-7).

Para Giorgio Agamben (2012), “Deus não morreu, ele se tornou dinheiro”. E o espetáculo é a outra face do dinheiro. Se o dinheiro dominou a sociedade enquanto representação de equivalência que torna todas as mercadorias fungíveis, “o espetáculo é o seu complemento moderno desenvolvido, onde a totalidade do mundo mercantil aparece em bloco como uma equivalência geral ao que o conjunto da sociedade pode ser e fazer” (Debord, 2003, p. 36-7).

Já no final da vida, no prólogo à terceira edição francesa da obra *A sociedade do espetáculo* publicada vinte e cinco anos após a primeira edição, Guy Debord (2003, p. 10) reiterou a intenção crítica da obra afirmando que “é preciso ler este livro considerando que ele foi deliberadamente escrito na intenção de se opor à sociedade espetacular. Nunca é demais dizê-lo”. Afinal, “o espetáculo é o capital a um tal grau de acumulação que se toma imagem” (Ibidem, p. 27).

Contemporaneamente, o mercado não se limita a comercializar bens de consumo. Para assegurar a concentração de riquezas, a dominação de classe necessita ir além e produzir subjetividade. Nesse contexto, o espetáculo impõe *padrões de comportamento* alinhados à racionalidade neoliberal, a partir da representação das expectativas sociais traduzidas em imagens que condicionam as relações humanas.

> O problema ocorre quando as relações intersistêmicas entre Direito e Comunicação Social se dão de forma a que, no âmbito dos tribunais e dos órgãos de investigação, a racionalidade própria do Direito, do lícito-ilícito, é substituída pela racionalidade própria da mídia e da Comunicação Social. Luhmann chama de “corrupção sistêmica” essas situações em que a racionalidade de um subsistema social é substituída indevidamente pela de outro. As “corrupções sistêmicas”, ou corrupções contingentes que ocorrem em casos específicos, conflitam com os valores do Estado Democrático de Direito, numa sociedade complexa e plural como a contemporânea. Se a racionalidade própria do Direito é suprimida por outra, o Estado de Direito, em sua dimensão de concretização, vai sucumbindo com ela. (Serrano, 2015b).

Segundo Hardt e Negri (2001, p. 51), as indústrias de comunicação assumem uma posição importantíssima, pois elas são responsáveis por produzir e organizar a criação de subjetividades: “a comunicação não apenas expressa, mas também organiza o movimento de globalização”. Nesse sentido, são responsáveis também por legitimar a dominação de classe a partir do modo pelo qual naturaliza intervenções autoritárias.

O filósofo Roland Barthes (2007, p. 10), contemporâneo de Michel Foucault no Collége de France, afirmou que o poder é parte dos mais distintos e finos mecanismos do intercâmbio social, sendo a linguagem o objeto em que está inscrita, no qual a língua é sua expressão obrigatória. Em suma, “o poder está emboscado em todo e qualquer discurso”, e a língua opera como um código determinante das modalidades de comunicação. A palavra e a própria estrutura sintáxica sobre a qual se desenha a frase determinam aquilo que se pronuncia.

Para o autor, a língua é fascista na medida em que o fascismo se define não só pelo que proíbe que seja dito, mas, sobretudo, pelo que obriga a dizer. No entanto, a linguagem parece delimitar não só o que se diz, mas também o que se pensa, uma vez que a maneira como apreendemos a realidade e estabelecemos relações é dada também pelo arcabouço que nos é oferecido cultural e socialmente.

Assim, a palavra se esvazia de possibilidades e passa a carregar uma significação a priori. Padronizada, pode ser utilizada para um entendimento e uma reação ao discurso já esperadas, e desejadas por quem a expressa. A crítica é

suprimida do processo de entendimento (cognição) dos fatos, que passa a ser identificados somente segundo códigos sociais previamente estabelecidos.

Esse funcionamento evidencia como a linguagem opera como um instrumento utilizado pelas classes dominantes para a manutenção de seu *status quo*, ou então para que possíveis mudanças estejam articuladas de modo a privilegiar os interesses dessas mesmas classes. Em contrapartida ao que pensavam os teóricos da filosofia pragmática, a linguagem não é apenas um signo, ela se constrói no cruzamento de diferentes relações de poder.

Por consequência, a indústria da comunicação passa a ter força de ordenação sobre ações e subjetividades, não deixando espaço para discrepâncias e rupturas. Essa linguagem dominante, a palavra que ordena, tem então por finalidade proferir uma verdade que deve ser aceita sem problematizações posteriores.

Nessa sociedade que produz cultura de forma massificada, as características do discurso se embrenham na própria disseminação da informação, fornecida por mídias interessadas na alienação crítica dos indivíduos. Assim, a informação segue a lógica dominante de reprodução das atuais tecnologias de governo e racionalidades vigentes. Fundamentada em fórmulas de apresentação que fornecem uma espécie de *nova roupagem* aos fatos, sem permitir novas interpretações, a indústria da comunicação explicita sua não neutralidade.

Segundo Gilles Deleuze (2010, p. 224), a força simbólica da linguagem é em si “um instrumento de controle social”. Para demonstrar essa afirmação, podemos recorrer à algumas teorias da comunicação que pautam os estudos acerca da melhor maneira de chamar a atenção dos interlocutores para determinados assuntos, buscando também delimitar sua opinião a respeito dos temas noticiados.

A *teoria framing*, por exemplo, é utilizada como instrumento para avaliar as mídias, e pode ser considerada uma extensão da *agenda setting*, técnica utilizada desde a década de 1970 para avaliar as massas e seus meios de comunicação. Enquanto a *teoria framing* propaga “o que pensar”, a *agenda setting* orienta sobre “como pensar”. Em ambas, trata-se de influenciar a maneira pela qual os indivíduos formam opinião sobre determinado assunto.

O *framing* tem como sua principal função “controlar” a opinião pública e o modo de pensar das massas. Através de um processo de seleção, realizado por jornalistas que selecionam o que deve ou não gerar noticia, realiza-se uma maior cobertura para esse ou aquele assunto. Também articula a emissão e recepção da notícia e interfere o processo da construção da realidade social, fazendo que o público preste mais atenção em uma determinada matéria.

A teoria se divide entre frames de mídia (organizador) e frames de audiência (esquema de interpretação), a mídia tem o papel de articular as notícias, momento em que os jornalistas reduzem a complexidade do tema, tornando-o mais acessível para o público; já a audiência tem o papel de monitorar como as mensagens foram processadas pelo público, descrevendo como as pessoas usam essa informação e as impressões causadas ao que fora noticiado.

Diante disso, ao aproximar a análise da sociedade do espetáculo de Guy Debord ao pensamento de Carl Schmitt segundo o qual a opinião pública seria a forma moderna da aclamação, pode-se concluir que “todo o problema do atual domínio espetacular da mídia sobre qualquer outro aspecto da vida social aparecerá em uma nova dimensão” (Agamben, 2011, p. 165).

A tese que propomos sobre essa nova dimensão é a de que o espetáculo midiático brasileiro manipula a ideologia penal de modo a legitimar as práticas de um sistema de justiça criminal que promove formas selvagens de dominação. Os agentes responsáveis pela aplicação do direito violam a lei com base no clamor social fabricado artificialmente pelo espetáculo processual penal.

> Já no processo penal, área do direito em que se dá a gestão do poder penal no mundo-da-vida, as tentativas de racionalização desse poder foram substituídas pelo fenômeno da espetacularização, típico da pós-democracia. Tem-se uma nova mercadoria a ser oferecida ao consumidor-espectador. Tem-se, então, o ‘processo penal do espetáculo’, no qual se dá o primado do enredo, da versão dirigida pelo juiz para agradar a opinião pública ou o desejo das corporações midiáticas (as mesmas que constroem versões e fabricam heróis para as massas), sobre o fato (Casara, 2017, p. 75).

Já dissemos que ninguém precisa de censura na era da pós-verdade. O autoritarismo reinventou-se para se adequar à linguagem das sociedades ocidentais

contemporâneas. Segundo Nilo Batista (2003, p. 19), o “credo criminológico da mídia constituiu-se como um discurso que impregnou completamente o jornalismo” visando à legitimação do direito penal como instrumento elementar de compreensão dos conflitos sociais.

Nesse contexto, a natureza real da vinculação entre sistema penal e sistema midiático seria uma espécie de privatização do poder punitivo, num cenário em que as manchetes de jornal influenciariam o processo de criminalização tanto quanto os atos concretos dos operadores do direito.

> Los medios de comunicación, especialmente la televisión, ensenã Zaffaroni, son hoy elementos indispensables para el ejercicio de poder de todo sistema penal, pues permiten crear la ilusión de ese mismo sistema, difundir los discursos justificadores, inducir los miedos en el sentido que se desea y lo que es más grave reproducir los hechos conflictivos que sirven a cada coyuntura (Cervini, 1994, p. 39).

Chegamos ao ponto em que um ministro do Supremo Tribunal Federal avoca para si o *papel iluminista* de empurrar uma suposta velha ordem para as margens da história. Para Luís Roberto Barroso (2018), as “supremas cortes desempenham três grandes papéis em uma democracia: contramajoritário, representativo e iluminista".

Em matéria publicada no Jota (Carneiro; Falcão, 2018), constam declarações do Ministro Luís Roberto Barroso sobre o que chamou de “surto garantista contra direito penal menos seletivo”, avocando para si a missão de empurrar uma velha ordem para margem da história:

> Num país que sempre cultivou cultura de desigualdade na qual existem superiores e inferiores, essa divisão entre os que estão ao alcance da lei e acima da lei, essa postura igualitária que tentamos implantar aqui, diversos de nós, provoca choro e ranger de dentes, mas acho que há velha ordem que precisa ser empurrada para margem da história e é nosso papel empurrá-la.

A resposta encontrou eco alguns dias depois nas palavras do ministro José Antonio Dias Toffoli (Conjur, 2018), para quem “se o judiciário quiser ser protagonista, numa missão iluminista de entender que está mudando a história do país, está enganando a sociedade; não está construindo nada, está vendendo ilusões." Além

disso, o ministro alertou que assumindo o papel de protagonista da sociedade comete-se o mesmo erro que das Forças Armadas em 1964. "Eles entraram para arbitrar uma crise na sociedade brasileira e acabaram ficando 21 anos no poder".

O que as decisões proferidas nessa década pelo Supremo Tribunal Federal[170] tem revelado, entretanto, é a concretização de um sistema de justiça que assume o protagonismo em um espetáculo penal — tal qual retratado pelas falas do ministro Luís Roberto Barroso —, transcendendo os limites da mera resolução de litígios individuais para se apresentar como “a arena final onde se decidem grandes questões políticas” (Bottini, 2016).

Conforme aponta Pierpaolo Cruz Bottini (2016):

> Atualmente, o peso da balança pende para o Judiciário. Instituído para solucionar litígios e disputas, o Judiciário vem adquirindo protagonismo em outras searas, em especial no campo legislativo. Não raro, vemos o Supremo Tribunal Federal tratar de questões sensíveis, como casamento homoafetivo, demarcação de terras indígenas, greve de servidores públicos, entre outras. O silêncio do Poder Legislativo sobre tais assuntos — por falta de disposição para pautar temas desconfortáveis e eleitoralmente desgastantes — leva a sociedade civil ao Judiciário.

No espetáculo encenado pelo processo penal de exceção, os direitos fundamentais e garantias individuais são “elementos cênicos dispensáveis, peças que podem fazer parte de um museu” (Casara, 2017, p. 163). O enredo pretende atender e entreter o desejo da audiência, a partir de narrativas ilusórias que ocultam a violação da Constituição no contexto de uma ficção maniqueísta onde o final feliz é a eliminação do inimigo pelo sistema de justiça criminal.

Para Márcia Tiburi (2016), o discurso fascista simultaneamente realiza e manipula o desejo da audiência, estimula o que há de mais autoritário nas relações sociais:

---

[170] Dos inúmeros exemplos que poderíamos mencionar, podemos citar não apenas os casos criminais centrais da referentes à presunção de inocência, mas: demarcação de terras indígenas, fidelidade partidária, financiamento eleitoral, aborto, uniões homoafetivas, direito de greve, criminalização do uso de drogas, extradição, impeachment, prisão de senadores da República, afastamento de congressistas, requisitos para nomeação de ministros etc.

> a fala do fascista é direcionada à audiência, mas ao que há de autoritário nela. Estimula-se, por meio das palavras, o que pode haver de arcaico e o violento em cada um. Daí também a glorificação da ação e a demonização da reflexão. O fascista age em nome da realização do desejo da audiência enquanto, ao mesmo tempo, o manipula. O discurso fascista é, sobretudo, um discurso publicitário que visa um receptor despreparado e embrutecido. É assim, longe do pensamento capaz de duvidar e perguntar, que o fascista-receptor passa a desejar aquilo que a propaganda fascista o faz desejar, passa a acreditar naquilo que a propaganda fascista afirma ser verdade.

Conforme aponta Zygmunt Bauman (2001, p. 28), "nosso tempo é propício aos bodes expiatórios — sejam eles políticos que fazem de suas vidas privadas uma confusão, criminosos que se esgueiram nas ruas e nos bairros perigosos ou 'estrangeiros entre nós'."

O processo penal empregado como medida de exceção é um truque e, como tal, pressupõe o desvio da atenção do auditório para que o ardil passe magicamente despercebido. O espetáculo da perseguição implacável contra *bodes expiatórios* é um mecanismo eficaz para iludir o clamor popular e naturalizar a guerra deflagrada contra o inimigo.

A fantasia do sistema penal em simbiose com o sistema midiático pode ser identificada nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, quando declarou com naturalidade que "no Supremo, você tem gabinete distribuindo senha para soltar corrupto. Sem qualquer forma de direito e numa espécie de ação entre amigos"[171].

No espetáculo penal encenado cotidianamente, o final feliz aguardado pelos patrocinadores é a condenação do inimigo anunciada em rede nacional. Coube ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sebastião Reis denunciar a sanha acusatória que tomou conta do país e pressiona julgadores a se tornarem justiceiros, pois "hoje em dia é preciso mais coragem para absolver um inocente do que para tirar a liberdade de alguém"[172].

---

[171] Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/quem-ganha-leva-quem-leva-respeita-as-regras-e-os-direitos-dos-outros-diz-barroso.shtml>. Acesso em 26 set.2018.

[172] "O ministro, que compõe a 6ª Turma do STJ, responsável por processos criminais, se disse chocado com uma cena que viu no STF recentemente, onde repórteres faziam fila na porta da assessoria para

Ao tratar da penalidade neoliberal, Loïc Wacquant (2013, p. 272) afirmou que uma de suas marcas registradas é o *caráter pornográfico*, “desempenhado tanto como teatro moral quanto como espetáculo político”. Em sua obra *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: a onda punitiva* (2007), concluiu que a pornografia penal deforma a realidade extraindo artificialmente padrões a serem perseguidos na luta contra o crime.

> Resultado: o manejo da lei-e-ordem está para a criminalidade assim como a pornografia está para as relações amorosas, ou seja, um espelho que deforma a realidade até o grotesco, que extrai artificialmente os comportamentos delinquentes da trama das relações sociais nas quais estão enraizados e fazem sentido, que ignora deliberadamente suas causas e seus significados, e que reduz seu tratamento a uma sequência de inciativas previsíveis, muitas vezes acrobáticas, às vezes até mesmo inverossímeis, resultante do culto do desempenho ideal, mais do que da atenção pragmática ao real. No final, a nova gesta da lei-e-ordem transforma a luta contra o crime em um *tilitante teatro burocrático-midiático* que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e de sua mímica viris, e erige a prisão como o último baluarte contra as desordens, que, irrompendo de seus porões, são vistas como capazes de ameaçar os próprios fundamentos da sociedade (Wacquant, 2007, p. 11).

O espetáculo encenado pelo processo penal de exceção é um truque destinado a iludir a audiência e naturalizar formas violentas de dominação e eliminação do inimigo. A gestão pornográfica da persecução criminal deforma a realidade em um jogo de aparências, no qual o sistema de justiça produz medidas de exceção envoltas na roupagem pretensamente democrática de um espetáculo midiático dirigido pelas classes privilegiadas.

---

obter informações sobre “alguma dessas famosas lista”. “Conversando com advogados, eles diziam que não haviam tido acesso e a única forma para conseguir aquilo era pedindo a um repórter, porque no tribunal não era possível. É nesse mundo que vivemos. Essa situação que poucas vozes ousam questionar e quem o faz certamente será massacrado, taxado de bandido”, frisou. Hoje em dia, não é mais necessário ter coragem para prender alguém, mas para absolver um inocente, criticou. Ao lembrar de seu pai, Sebastião Reis, um dos 70 primeiros juízes federais do país, ele disse que os tempos atuais “são loucos”. “Não estamos mais no tempo dele, quando juízes falavam nos autos e evitavam maior contato com a imprensa”, afirmou.“ Disponível em < https://www.conjur.com.br/2017-set-15/mp-usa-midia-forcar-condenacoes-leis-imorais-ministro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook >. Acesso em 24 set. 2018.

4.3.8. Antiprincípio da inquisição dissimulada

> *"O Ministério Público é uma das principais instâncias formais de controle do crime e das populações indesejadas segundo a lógica neoliberal, que separa/seleciona os possíveis consumidores daqueles que não possuem poder de consumo e podem ser excluídos ou eliminados — o* homo sacer*, figura resgatada do direito romano arcaico por Agamben para designar aqueles que vivem no limbo jurídico, populações que o projeto capitalista rotulou como descartáveis".*
> — Rubens R.R. Casara[173] —

Um jogo de aparências.

No processo penal de exceção, uma aliança espúria entre membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da advocacia e do sistema midiático manipula a intervenção criminal com o objetivo de naturalizar a perseguição do inimigo pelo poder penal, diluir as medidas de exceção na rotina democrática, legitimar a violação das normas em nome do clamor popular e dissimular práticas inquisitoriais envoltas no discurso garantista.

De acordo com a epistemologia da exceção que temos construído na presente tese, o axioma fundamental "A8 – *Nullum judicium sine accusatione*" (modelo acusatório) é fraudado pela máxima "A'8 – *Não há espetáculo sem fantasia*" (modelo da inquisição dissimulada).

---

[173] CASARA, Rubens.R.R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 136.

Vimos que no modelo garantista é o princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação que se soma ao princípio da jurisdicionalidade para responder à questão sobre *quando julgar*. Por sua vez, o que orienta a manipulação do processo penal como medida de exceção é o antiprincípio da *inquisição dissimulada*, na medida em que a fantasia encenada pelo espetáculo criminal adota o sistema constitucional acusatório como mera roupagem para ocultar as práticas reais inquisitórias.

A chave para compreender a essência do processo penal de exceção é o caráter dissimulado e fraudulento pelo qual a essência inquisitorial oculta-se na forma que se declara acusatória e garantista. Formalmente, anuncia-se o processo penal como relação triangular: duas partes (acusação e defesa) e um julgador equidistante dos dois interesses contrapostos. Todavia, as práticas reais do poder penal desenvolvem-se mediante a confusão das funções de investigar, acusar e julgar, inclusive com uma postura ativa do magistrado, revelando absoluta disparidade de poderes entre acusação e defesa.

Para Geraldo Prado (2015, p. 116), a premissa elementar do modelo acusatório seria a percepção de que o sistema penal é um *sistema de poder*. Valendo-se dessa estrutura discursiva, o truque do processo penal de exceção é dissimular o exercício de um poder inquisitivo nas práticas de um sistema penal que passa a ser anunciado como *sistema de proteção* da sociedade.

Ao assumir a missão oficial de proteger a sociedade, legitima-se a violação dos limites impostos pelos direitos fundamentais e garantias individuais. Assim, “o que caracteriza o Sistema de Justiça Criminal no Estado Pós-Democrático não é o autoritarismo ou mesmo o uso seletivo do poder penal, e sim a ausência de limites ao exercício desse poder” (Casara, 2017, p. 95).

Nesse contexto, as práticas de conteúdo inquisitorial se valem da forma garantista do processo penal brasileiro como medidas de exceção diluídas em rótulos democráticos. Há uma intensificação do autoritarismo contra as classes populares tradicionalmente perseguidas pela *normalidade penal* e uma nova curva autoritária que caracteriza o *processo penal de exceção* na década de 2010.

De um lado, intensifica-se o autoritarismo na criminalização da pobreza própria da *normalidade penal brasileira*, mediante o recrudescimento do poder penal

contra a juventude pobre e negra acusada de crimes patrimoniais e tráfico de drogas, legitimando-se a violência da polícia militar ratificada durante o processo pelos atores do ministério público e judiciário, com apelo à ilusão penal da segurança pública.

A Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ilustra com clareza o discurso autoritário fraudulento: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". Em outros termos, basta a palavra dos policiais militares que efetuaram a abordagem — situação cotidiana nos delitos de tráfico de pequena quantidade de droga — para justificar a condenação (em geral, de jovens pobres e negros perseguidos nas zonas periféricas).

Da mesma forma, a situação fica ainda mais clara diante da mentalidade dos comandantes das polícias militares, que atuam como força de ocupação em territórios dominados pela pobreza (Serrano, 2016f). Em matéria veiculada no Jornal O Estado de São Paulo (Carvalho, 2017), o comandante das Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (Rota), 1.º Batalhão de Choque da Polícia Militar paulista, declarou que a abordagem policial deve ser diferente em relação às pessoas que transitam na região nobre e nas zonas periféricas:

> É outra realidade. São pessoas diferentes que transitam por lá. A forma de ele abordar tem de ser diferente. Se ele for abordar uma pessoa da mesma forma que ele for abordar uma pessoa aqui nos Jardins, ele vai ter dificuldade. Ele não vai ser respeitado. [...] Da mesma forma, se eu coloco um da periferia para lidar, falar com a mesma forma, com a mesma linguagem que uma pessoa da periferia fala aqui no Jardins, ele pode estar sendo grosseiro com uma pessoa do Jardins que está ali, andando. [...] O policial tem de se adaptar àquele meio que ele está naquele momento.

Por outro lado, a nova onda autoritária do *processo penal de exceção brasileiro* implica o direcionamento do poder penal contra as formas de resistência à hegemonia da racionalidade neoliberal: adversários políticos, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes e setores estratégicos da economia nacional, legitimando-se a violação sistemática dos direitos fundamentais e garantias individuais desses grupos com apelo à ilusão penal da moralização administrativa e pacificação social no contexto da luta contra a corrupção e/ou terrorismo.

Desde o caso que entrou para a história do sistema de justiça brasileiro apelidado de *Mensalão* (AP 470, STF), em um julgamento espetacularizado que marcou o início da nova curva autoritária na década de 2010, diversos episódios têm caracterizado a inquisição dissimulada nas práticas processuais penais contemporâneas.

Sem a pretensão de exaurir o rol das medidas de exceção, pode-se citar algumas das mais relevantes no cenário nacional. Uma delas foi a prisão do senador Delcídio Amaral, no dia 25 de novembro de 2015. Criando-se a figura da *prisão cautelar de congressista em situação de flagrância* (Lacerda, 2015), o Supremo Tribunal Federal determinou a primeira prisão de um senador durante o exercício do mandato desde a promulgação da Constituição de 1988.

O caráter de medida de exceção da prisão do senador Delcídio Amaral revela-se pela violação da imunidade parlamentar constitucional em um híbrido de prisão em flagrante com prisão preventiva. A suspensão pontual dessa garantia para a figura de um inimigo específico ficou evidente quando o mesmo Tribunal negou os pedidos de prisão formulados contra os também senadores Renan Calheiros, Romero Jucá e Aécio Neves[174].

Outra medida de exceção que ilustra a inquisição dissimulada no processo penal foi o vazamento de interceptações ilegais de conversas da presidenta Dilma Vana Rousseff, às vésperas da votação do processo de impeachment no Senado, por um magistrado que se orgulha de combater a corrupção punindo alguns políticos inimigos enquanto posa para os fotógrafos ao lado de outros políticos amigos[175].

Nesse caso, o caráter excepcional ficou ainda mais evidente quando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu explicitamente a lógica da exceção no processo penal no julgamento do vazamento das interceptações ilegais pelo juiz Sergio Fernando Moro. Por treze votos a um, o Tribunal decidiu que o

---

[174] Disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/06/teori-nega-pedido-de-prisao-contra-renan-sarney-e-juca.html> Acesso em 09 jun. 2018; e <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/maioria-de-turma-do-supremo-nega-pedido-da-pgr-para-prender-senador-aecio-neves.ghtml> Acesso em 09 jun. 2018.

[175] Disponível em <https://www.poder360.com.br/lava-jato/sergio-moro-posa-para-foto-ao-lado-de-joao-doria-em-premiacao-em-nova-york/> Acesso em 09 jun. 2018; e <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/07/viu-esta-foto-entenda-o-que-esta-por-tras-da-polemica-despertada-por-ela.htm> Acesso em 09 jun. 2018

magistrado poderia violar impunemente o ordenamento jurídico porque a *Operação Lava Jato* não se limitaria às regras comuns.

O Tribunal decidiu que as "regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de *normalidade* por elas abrangido". Ou seja, adotando a perspectiva schmittiana sobre o estado de exceção, a vigência da norma estaria condicionada à avaliação da normalidade dos fatos. "É que a norma jurídica incide no plano da *normalidade*, não se aplicando a *situações excepcionais*" (P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

Além disso, toda sistemática referente às delações premiadas gravita em torno de medidas de exceção. Sintetizando um conjunto de ilegalidades, destacam-se duas decisões do juiz Sérgio Fernando Moro no Pedido de busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR[176]. No dia 15 de fevereiro de 2017, o magistrado decretou a prisão preventiva do investigado Apolo Santana Vieira porque "presentes os pressupostos da prisão preventiva, boa prova de materialidade e de autoria, e igualmente os fundamentos, risco à ordem pública e à aplicação da lei penal". Quatro dias após, ao saber que o investigado estaria se submetendo a uma delação premiada, o juiz voltou atrás e decidiu revogar a prisão preventiva justamente por conta de "informação prestada pelo MPF de que estaria em tratativas para um acordo de colaboração"[177].

Sejam as condenações judiciais com fundamento exclusivo nas palavras de policiais militares — vinculados a corporações que declaradamente discriminam tratamento distinto a zonas periféricas —, sejam as medidas restritivas de liberdade decretadas judicialmente com base em flexibilizações de garantias ou com fundamento em delações premiadas extorquidas em condições tirânicas, o processo

[176] Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação. Conjur, 23 fev.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>. Acesso em 08 jul.2018.

[177] "Em vista da informação prestada pelo MPF de que estaria em tratativas para um acordo de colaboração com Apolo Santana Vieira revogo a decisão do evento 4 no que se refere à prisão preventiva dele e à busca e apreensão em seu endereço. Recolham-se os mandados" (Pedido de busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba da Seção Judiciária do Paraná, Evento 17).

penal de exceção se presta a ocultar a essência inquisitiva envolta no discurso democrático institucional.

No campo do processo penal, Edson Luís Baldan (2007, p. 257) já assim alertava mesmo antes da espetacularização em massa promovida no julgamento do *Mensalão*:

> Hoje, com a anomia reinante na fase de investigação preliminar, onde múltiplos agentes e órgãos do Estado invocam legitimidade para fazê-la, mantendo-se o defensor (este inexplicavelmente sem poderes investigatórios) o mais distante possível da devassa oficial, constata-se metodologia de apuração calcada sobre um tripé previsível: (i) interceptação telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indícios que motivarão (ii) o decreto de uma prisão cautelar que (iii) a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigantes e acusadores a confessar e delatar, tendo a própria liberdade como objeto de vergonhosa e desigual barganha.

Já à época, o autor alertava para o perigo das *delações mediante sequestro*: “Ao estabelecer a delação como condição para cessação da privação da liberdade do preso, pratica o Estado inédita modalidade de extorsão da prova mediante seqüestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário” (Baldan, 2007, p. 258).

Dissimulada na linguagem do sistema acusatório, o conteúdo autoritário das práticas inquisitivas não é diferente daquilo que os Tribunais da Inquisição do século XVI desempenhavam. Conforme aponta Alexandre Herculano (1854):

> Os inquisidores tinham adotado um arbítrio, que supunham ou fingiam supor eficacíssimo para apurar a verdade. Era servir-se da confissão de um réu contra outro réu, que, como tal e por se achar ligado a eles por laços morais, devia ser-lhe favorável. Estas confissões extorquiam-se com os tratos. No potro ou na polé, o filho não duvidava de acusar o pai, o marido, a mulher, a mãe, a filha. Acusariam Deus, se o inquisidor lhe desse a entender que semelhante acusação os livraria daqueles intoleráveis martírios.

Com efeito, as práticas inquisitivas se ocultam também na relação que se estabelece entre acusador e julgador no processo penal brasileiro. Desde a aparência no espaço cênico onde se desenvolvem os atos processuais — “quando o acusador

senta ao lado do julgador, e ambos, afastados da defesa, isso é sintoma de um processo penal primitivo, retrógrado e tendencioso" (Lopes Jr., 2018) — até a formação de associações que reúnem membros da magistratura e do ministério público para defender interesses comuns.

Nesse sentido, destaca-se um grupo autodenominado Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (FRENTAS) que declara reunir mais de 40 mil juízes e membros do ministério público e tem se posicionado no debate público como defensores das práticas reunidas para dar forma àquilo se convencionou chamar *Operação Lava Jato*:

> A Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (FRENTAS), congregando mais de 40 mil juízes e membros do Ministério Público, tendo em vista as declarações feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, com críticas a atuação de juízes e promotores no que chamou de "momentos de disfuncionalidade completa" do Poder Judiciário e do Ministério Público, vem manifestar seu repúdio a qualquer tentativa de desqualificação do importante trabalho que o Judiciário e o Ministério Público estão realizando. [...] A Operação Lava Jato é um marco no processo civilizatório do Brasil e por isso qualquer tentativa de obstrução contra ela não será permitida pelo conjunto dos cidadãos brasileiros[178].

O discurso punitivista ganhou a arena pública pelo discurso dos atores do sistema de justiça, a ponto de reunir mais de uma centena de promotores — e alguns juízes e advogados — no autointitulado *Manifesto contra a bandidolatria*[179]. A conclusão apresentada despudoradamente pelo manifesto, publicado em 03 de agosto de 2017, é a de que: "Bandidolatria mata. Desencarceramento mata. Impunidade mata".

Um dos promotores que assinam o "manifesto" publicou obra intitulada *Bandidolatria e Democídio* (Pessi; Souza 2017), que se propõe a denunciar a bandidolatria como mentalidade "resultante da ideologia de uma oligarquia acadêmica, político-burocrática e jurídica, na contramão dos anseios de uma

---

[178] Disponível em <http://www.amb.com.br/nota-publica-sobre-as-declaracoes-de-gilmar-mendes/>. Acesso em 20 set. 2018.

[179] Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/voce-tem-sido-enganado/>. Acesso em 20 set. 2018.

população atônita diante dos 60 mil assassinatos anuais no País". Bem se vê que o processo penal tem sido a arena de combate aos *bandidos* — inimigos do nosso tempo, rótulo forjado para ocultar a perseguição ao povo inútil ou inconveniente à lógica de mercado — na sociedade brasileira da década de 2010.

Esse é o cenário que justifica a crítica de Rubens R.R. Casara (2017, p. 136) sobre o desvirtuamento das funções constitucionais do Ministério Público, que abandona a legalidade para se tornar uma instância de controle a serviço da racionalidade neoliberal:

> Ao abrir mão da legalidade democrática, em nome da potencialização da repressão, o Ministério Público transformou-se em um agente da pós-democracia. No Estado Pós-Democrático, a função do Ministério Público passou a ser a de potencializar a repressão, independentemente das regras do jogo democrático. O Ministério Público é uma das principais instâncias formais de controle do crime e das populações indesejadas segundo a lógica neoliberal, que separa/seleciona os possíveis consumidores daqueles que não possuem poder de consumo e podem ser excluídos ou eliminados [...].

Mas, quem são os alvos do Tribunal da Inquisição contemporânea? Conforme sublinhado por Rubens R.R. Casara, a racionalidade neoliberal tem orientado as práticas criminais no mundo ocidental. A sociedade contemporânea é marcada pelo avanço de um Estado penal em detrimento do Estado-providência no pós-Segunda Guerra Mundial. De acordo com Loïc Wacquant (2003, p. 27), a ascensão da lógica neoliberal implica a necessidade de conter novos alvos, criminalizando as *consequências da miséria de Estado*.

> A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública — simbolizada pela luta contra a delinquência de rua — no momento em que este se afirma e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hipermobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira (Wacquant, 2001, p. 4).

Desse modo, é notável o crescimento da população carcerária nos Estados Unidos da América, entre as décadas de 1970 e 1990, que encontra na chamada “guerra às drogas” uma política eficiente na perseguição da juventude negra dos guetos, mesmo com o decrescente uso de substâncias psicoativas na mesma região desde os anos de 1970 (Wacquant, 2003, p. 29).

No caso estadunidense, o gueto foi substituído pelas prisões. Enquanto dispositivo que permitiu conter os descendentes de escravos no norte industrial do país, o gueto foi a forma geográfica do cruzamento da urbanização e da proletarização dos afro-americanos desde a imigração até os anos 1960, quando deu lugar às prisões como instituição mais eficiente e adequada aos novos moldes neoliberais (Wacquant, 2003, p. 107).

> O principal motor da expansão astronômica do Estado penal americano na era pós-keynesiana e a razão de sua política de promoção preferencial dos afro-americanos à entrada na prisão (*carceral affirmative action*) não é a criminalidade: é a necessidade de reforçar uma clivagem de castas que tem se desgastado apoiando ao mesmo tempo o regime emergente do salariado insocializado, ao qual a maioria dos negros está fadada em virtude de sua carência de capital cultural solvível e ao qual os mais desamparados deles resistem tentando escapar para a economia informal de rua (Wacquant, 2003, p. 108).

A prisão teria assumido o lugar do gueto no sentido de manter uma determinada população dominada, confinada, decodificada. Além disso, a acelerada retração do Estado de bem-estar social, tendo como marco a reforma da previdência de 1996, e a explosiva expansão da justiça criminal, teriam estruturado arranjos convergentes dirigidos à regulação punitiva da pobreza (Wacquant, 2012, p. 506).

O fenômeno não se restringe aos EUA, mas expandiu-se para a Europa Ocidental e América Latina. O neoliberalismo não é um projeto econômico, mas político, que visa a reestruturação do Estado em âmbito econômico, social, cultural e penal. No âmbito do sistema de justiça criminal, são implementadas políticas repressivas para assegurar a dominação e a concentração de riquezas. Se antes o foco era a exploração da mão de obra, hoje é a eliminação de um excedente populacional.

Sendo assim, o que chama de *Estado-centauro* (Wacquant, 2012, p. 511) seria libertador no topo, a fim de expandir as opções dos detentores de capital econômico e cultural, e penalizador e restritivo na base, ao administrar as populações que representam alguma ameaça à ordem diretamente afetadas pela mesma desigualdade.

> Faz mais de uma década que a promessa de ser duro com o crime e mandar mais criminosos para a morte figura no topo das agendas eleitorais, independentemente da coloração política do candidato. Para os políticos atuais e aspirantes, a extensão da pena de morte é o bilhete premiado na loteria da popularidade. A oposição à pena capital significa, ao contrário, um suicídio político. (Bauman, 2000, p. 21)

A ascensão do neoliberalismo soube se aproveitar da prisão mediante a ampliação de penalizações com a construção de zonas de pobreza e de insegurança, passíveis, portanto, da intervenção estatal e de programas assistenciais — vide o aumento exponencial das ONGs e projetos de empreendedorismos sociais em meados dos anos 1990 — de decodificação, enquanto facilitadores da entrada dos alvos do sistema penal.

Nesse passo, a extrema concentração de riquezas é acompanhada da produção de um contingente humano inútil e inconveniente aos propósitos da racionalidade neoliberal. “O poder penal, dentro dessa linha, pode ser definido como a utilização da força para submeter o comportamento alheio a partir de uma opção política que criminaliza determinadas condutas humanas, tornando-as passíveis de uma pena” (Casara, 2017, p. 94)

A experiência brasileira comprovou a tese de que o neoliberalismo necessita de intervenções estatais extremamente autoritárias. Principalmente a partir dos anos 1990, novas diretrizes neoliberais para a América Latina foram largamente pensadas por teóricos do governo dos EUA. Exemplo disto foi a conferência “*Latin American Adjustment: How Much Has Happened*”, que buscou sintetizar no Brasil uma abertura ao livre mercado internacional atrelada à contenção dos gastos públicos (Lemos; Ribeiro Junior, 2016, p. 19) como soluções à crise desencadeada pelo período de recessão e alta inflação na gestão de Fernando Collor. A precarização do

trabalho e o desemprego em massa foram entendidas enquanto consequências inevitáveis da implementação do Estado mínimo brasileiro.

Concomitantemente, no início dos anos 1990, novas diretrizes da ONU focadas em melhorias da segurança na América Latina passaram a pensar em como reduzir os efeitos da violência decorrentes do narcotráfico, uso de armas e álcool como um problema de caráter transnacional, para todo o planeta.

O Relatório de Desenvolvimento Humano regional para a América Latina referente ao período de 2013-2014 situa como um dos principais problemas da região a insegurança como obstáculo ao desenvolvimento econômico e social inclusivo. Tem-se como principais ameaças na América Latina a criminalidade exercida contra e pelos jovens, “delinquência organizada”, entre outras abordagens que fundamentam o controle do crime envolvendo, agora, o criminoso enquanto culpado e vítima, e, portanto, passível de medidas de correção.

Sobre as formas de controle, Rubens R.R. Casara (2017, p. 49-50) demonstra como o grau de desigualdade social é determinante para estabelecer a prevalência do psicopoder ou do poder penal:

> Em sociedades com menor desigualdade social, o receituário neoliberal aposta no recurso ao psicopoder em detrimento ao poder penal. O autocontrole produzido pelo psicopoder revela-se mais efetivo e menos traumático do que o exercício de um poder externo sobre o corpo explorado. [...] Por outro lado, em países como o Brasil, cresce a utilização do poder penal. Ao lado do recurso ao psicopoder, o uso do poder penal e alógica da sociedade disciplinar continuam necessários à realização do projeto neoliberal. Aos que creem ser neoempresários, reserva-se a autoexploração e o autocontrole; aos que, mais perto da realidade, sabem que são excluídos e explorados, concretiza-se o poder disciplinar e a exclusão pena.

A histórica desigualdade social brasileira é fruto de um longo processo de *dominação colonial* que se potencializou com as práticas neoliberais. Conforme análise de Aníbal Quijano (2005, p. 136), a modernidade foi colonial desde o seu ponto de partida e a colonialidade do poder é típica dos países da América Latina, submetidos a relações racistas e eurocentristas de exploração, disfarçada

especialmente no Brasil por uma “ideologia de ‘democracia racial’ que mascara a verdadeira discriminação e a dominação colonial dos negros”.

O autor desenvolve suas ideias sobre a colonialidade do poder a partir de dois eixos fundamentais (Quijano, 2005, p. 117). O primeiro deles é a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados, colonizadores e colonizados, materializada na ideia de *raça*, uma superioridade biológica insuperável. O segundo é a articulação de todas as formas históricas de controle da força de trabalho, seus recursos e produtos em torno do capital e do mercado mundial.

> Essa colonialidade do controle do trabalho determinou a distribuição geográfica de cada uma das formas integradas no capitalismo mundial. Em outras palavras, determinou a geografia social do capitalismo: o capital, na relação social de controle do trabalho assalariado, era o eixo em torno do qual se articulavam todas as demais formas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos. Isso o tornava dominante sobre todas elas e dava caráter capitalista ao conjunto de tal estrutura de controle do trabalho. Mas ao mesmo tempo, essa relação social específica foi geograficamente concentrada na Europa, sobretudo, e socialmente entre os europeus em todo o mundo do capitalismo. E nessa medida e dessa maneira, a Europa e o europeu se constituíram no centro do mundo capitalista (Quijano, 2005, p. 120).

Em síntese, Aníbal Quijano (2005) sustenta que o domínio colonial da Europa sobre todas as regiões do planeta iniciou-se com a modernidade e foi potencializado pelo capitalismo mundial. A relação de colonialidade deste padrão mundial de poder desenvolve-se com a hegemonia europeia ou ocidental em todas as experiências históricas e produtos culturais, num controle absoluto da subjetividade e da produção de conhecimento.

Nesse passo, a legitimação das relações de poder na contemporaneidade deve ser buscada no domínio colonial que estabeleceu a gênese de nossa formação social. Como afirmam Pedro Estevam Serrano e Luís Eduardo Gomes do Nascimento (2017), “em países de modernidade periférica, o problema da legitimação requer outra estratégia teórica que passa pela compreensão realista da particularidade do direito e do estado nas sociedades marcadas pela colonialidade do poder”.

A partir da codificação da ideia de raça e da mercantilização das relações de trabalho, a modernidade teria estabelecido a partir da América o ponto de partida de um novo padrão mundial de poder colonial e eurocentrista. Ao contrário do que pareceria lógico concluir, as relações de escravidão e servidão na América não foram incompatíveis com a produção mercantil.

Pelo contrário, “todas essas formas de trabalho e de controle do trabalho na América não só atuavam simultaneamente, mas foram articuladas em torno do eixo do capital e do mercado mundial” (Quijano, 2005, p. 126). Portanto, a escravidão foi parte de um novo padrão de organização e de controle do trabalho em torno do capital.

No Brasil, a escravidão foi articulada como mercadoria interna instrumentalizada para produzir mercadorias para o mercado mundial. Essa é a origem do nosso capitalismo, razão pela qual compartilhamos do pensamento de Jessé Souza (2017) no sentido de que o berço das relações de poder na sociedade brasileira é a escravidão.

Nesse contexto, Aníbal Quijano entende que as relações coloniais de dominação na América foram imprescindíveis para o capitalismo assumir dimensão mundial, caracterizando-as como “o eixo em torno do qual todas as demais formas foram articuladas para os fins do mercado mundial”, ao produzir as condições necessárias para que o capital se transformasse no modo de produção dominante (2015, p. 126).

O pensamento de Aníbal Quijano dialoga com as ideias do sociólogo brasileiro Jessé Souza. Ambos identificam a ideia de raça — e, também, contemporaneamente a noção de *culturas superiores* — como tática de legitimação de privilégios eurocentristas e estadunidenses.

Com efeito, embora o primeiro autor concentre seus estudos na ideia de *colonialidade do poder* (Quijano, 2015) e o segundo destaque a importância da *escravidão* na formação das relações sociais brasileiras (Souza, 2017), os dois autores partem do pressuposto da *exclusão de uma parcela da população* como principal característica para a formação do poder social real.

O paradigma forjado pela ideologia de raça é útil para operacionalizar as medidas de exceção no contexto social brasileiro. A partir de processos de racialização que visam distinguir e perseguir grupos populacionais, o tratamento violento legitimado pela dominação colonial contra o negro passa a ser universalizado a todos os indivíduos inúteis ou inconvenientes à racionalidade neoliberal, que passam a ser encarados como inimigos:

> A ideologia da raça funciona, pois, como o grande expediente ideológico para a instauração da exceção. Carl Schmitt define o poder soberano não somente como aquele que decide sobre o estado de exceção, mas o que tem o poder de nomear o inimigo para instaurar a exceção. Não se caracteriza, então, o estado por meio do monopólio da violência legítima, mas pela detenção do jus belli, ou seja, o direito do soberano de nomear o inimigo e de combatê-lo. A função do Estado é subordinar todas as formas de conflitos ao imperativo da *unidade nacional* de tal forma a ativar um *estado de exceção* capaz de identificar, marcar e aniquilar os inimigos (Serrano, Nascimento, 2017).

Dessa forma, a dominação colonial anteriormente imposta ao negro passa a ser ampliada a todas as classes populares (criminalização da pobreza) e aos seus representantes políticos e intelectuais que contrariem os interesses das classes privilegiadas (criminalização da resistência).

À vista disso, Pedro Estevam Serrano (2017e) aponta a existência de um grande contingente populacional sem lugar no mundo, pois não se encaixam em qualquer função econômica. O destino que lhes é reservado segundo a racionalidade neoliberal consiste na eliminação física através das práticas inquisitórias do sistema de justiça criminal:

> Pela primeira vez na história estamos diante da possibilidade de termos um enorme contingente humano geneticamente não originado na África “vivendo” sob essa situação de radical submissão. Pela primeira vez, pessoas de todas as nacionalidades, com a característica comum de serem excluídas do mercado de consumo, estarão sujeitas à perda da condição humana e passarão a ser tratadas como seres passíveis de apropriação.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o sociólogo Jessé Souza (2017, p. 89) afirma que essa herança escravocrata passa a ser “usada para oprimir todas as

classes populares independentemente da cor da pele, ainda que a cor da pele negra implique uma maldade adicional".

Nesse ponto, é possível identificar uma aproximação entre o pensamento de Pedro Estevam Serrano, Jessé Souza, Aníbal Quijano e Achille Mbembe. Em sua obra *A crítica da razão negra [Critique de la raison négre*, *2013]*, o filósofo camaronês demonstra que o projeto totalitário do neoliberalismo conflita com os processos democráticos e com as conquistas sociais históricas, produzindo uma humanidade subalterna destinada a condições que outrora eram reservadas apenas aos negros.

Diante desse contingente apontado como humanidade subalterna aos interesses dos detentores do poder econômico, Achille Mbembe denomina de *devir-negro do mundo* o processo de institucionalização da potencial universalização do arbítrio e dominação aos quais os escravos negros foram expostos no movimento inicial do capitalismo, mediante a lógica escravocrata de captura e exploração de seres humanos descartáveis.

> Pela primeira vez na história humana, o nome Negro deixa de remeter unicamente para a condição atribuída aos genes de origem africana durante o primeiro capitalismo (predações de toda a espécie, desapossamento da autodeterminação e, sobretudo, das duas matizes do possível, que são o futuro e o tempo) A este novo carácter descartável e solúvel, à sua institucionalização enquanto padrão de vida e à sua generalização ao mundo inteiro, chamamos o *devir-negro do mundo* (Mbembe, 2014, p. 18).

Essa humanidade subalterna é produto das práticas reais de poder orientadas pela racionalidade neoliberal, no contexto de um processo de dominação segundo o qual "os riscos sistemáticos aos quais os escravos negros foram expostos durante o primeiro capitalismo constituem agora, se não a norma, pelo menos o quinhão de todas as humanidades subalternas" (Mbembe, 2014, p. 16).

Os inimigos são combatidos por uma aliança entre atores do sistema de justiça criminal que perseguem e impõem sanções aos alvos do poder penal desde o primeiro ato do processo. Execuções em autos de resistência forjados, flagrantes provocados, prisões cautelares arbitrárias, conduções coercitivas ilegais, bloqueios financeiros abusivos e diversas outras medidas no curso do processo são

manipuladas como antecipação fraudulenta da pena segundo a sistemática da inquisição dissimulada na linguagem acusatória.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 587), é possível que o processo penal se torne uma sanção mais odiosa que a própria pena, diante de um "desenvolvimento inflacionai do processo penal, que na sociedade moderna de comunicações de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional".

Portanto, descortinar o caráter inquisitorial envolto no discurso garantista do sistema penal brasileiro pressupõe a identificação de um combate velado com o propósito de eliminar os inimigos do mercado soberano. Manipulados como armas de guerra, os atos do processo penal passam a ser desferidos por um grupo *combatente* em face de outro *combatido*. Daí a origem, mesmo que inconsciente, da utilização de termos bélicos como *operação*, *força-tarefa*, *missões* etc.

Os processos penais deflagrados como *guerra às drogas*, *enfrentamento ao crime organizado*, *cruzada contra a corrupção* ou, ainda mais abstratamente, na anunciada *luta contra a impunidade* são jogos de aparência que ocultam a verdadeira guerra na sociedade neoliberal. Ao assumir o papel de soldados de uma moralidade superior, as engrenagens do sistema de justiça — uma aliança espúria entre membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da advocacia e do sistema midiático — aniquilam os verdadeiros inimigos do mercado e calam o povo excluído, a resistência intelectual, a divergência política e a soberania popular.

No jogo de aparências encenado pelo processo penal de exceção, pouco importam as normas jurídicas, os fatos apurados, a distribuição constitucional de direitos e deveres às partes, as provas produzidas ou os argumentos apresentados. A defesa é figurante no enredo protagonizado pela aliança de acusadores e julgadores, cujo final feliz é a eliminação do inimigo.

Se apenas a postura crítica é capaz de salvar o penalista do destino inglório de se tornar um mero instrumento a serviço do autoritarismo (Conde, 1979, p. 98), talvez seja tempo de se fazer coro à conclamação de Eros Grau (2013, p. 20) e "afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia,

a história". Um processo penal que admita violar o direito para fazer justiça não é outra coisa senão um instrumento tirânico de imposição dos valores, crenças e preconceitos daqueles que se intitulam justiceiros contra a soberania popular constitucional.

4.3.9. Antiprincípio do primado das hipóteses sobre os fatos

> *"A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-os 'primado da hipótese sobre os fatos': quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da 'sua' hipótese".*
>
> — Franco Cordero[180] —

Dai-me versões que lhes darei a exceção.

O processo penal de exceção é a forma jurídica da pós-verdade. Se no modelo garantista toda intervenção penal está condicionada à submissão da hipótese acusatória ao exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, a exceção promove

[180] "La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavorìo poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi" (CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: Utet, 1986, p. 51-2)

um espetáculo processual no qual a verdade objetiva sobre os fatos é menos importante do que o apelo sensacionalista às emoções, em um roteiro maniqueísta no qual o final feliz é a condenação.

Segundo a epistemologia da exceção que temos proposto na presente tese, o axioma fundamental "A9 – *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova) é fraudado pela máxima "A'9 – *Não há fantasia sem enredo*" (antiprincípio do primado das hipóteses sobre os fatos).

Vimos que no sistema garantista o princípio do *ônus da prova* limita a intervenção penal condicionando a aplicação das sanções à efetiva comprovação da hipótese acusatória por meios lícitos. Por sua vez, no processo penal de exceção a questão sobre como julgar é respondida pelo antiprincípio do *primado das hipóteses sobre os fatos*, assumindo-se a presunção de veracidade dos fatos tais como apresentados nas versões acusatórias.

Enquanto a acusação no modelo garantista deve estar fundamentada em *provas*, o processo penal operado como medida de exceção satisfaz-se com meras presunções, hipóteses e convicções. Esse jogo de aparências é produzido por um apanhado de suposições elucubradas por acusadores que investigam (ao lado de investigadores que acusam), materializadas em *versões* que são acolhidas por julgadores descompromissados com a Constituição.

Diante disso, inverte-se na prática o discurso garantista do ônus da prova, de modo que a *versão acusatória* passa a gozar de presunção de veracidade. A hipótese apresentada pelo acusador não é efetivamente submetida ao contraditório ou à falseabilidade, mas tão somente a um jogo teatral em que a verdade sobre os fatos é irrelevante no roteiro encenado pelo espetáculo processual.

Com efeito, a narrativa do espetáculo mescla fatos verdadeiros e versões imaginárias, ao mesmo tempo em que viola os direitos e garantias individuais dos grupos perseguidos pelo processo penal de exceção. Ao combinar provas verdadeiras com hipóteses direcionadas aos interesses que dominam a mentalidade do sistema de justiça, confere-se uma legitimidade aparente ao combate bélico do inimigo.

Como resultado, o espetáculo processual naturaliza a existência de condenações anunciadas desde o oferecimento da denúncia e, muitas vezes, já executadas durante o próprio processo por meio de prisões (ditas cautelares, mas) cuja verdadeira natureza é a de antecipação da pena.

"Numa época de mentiras universais, dizer a verdade é um ato revolucionário". Atribuída a George Orwell, embora não haja registro seguro de sua autoria[181], a frase resume com precisão o contexto distópico e totalitário apresentado pelo autor em sua obra *1984 [Nineteen Eighty-Four, 1949]*.

Talvez essa época de mentiras universais tenha atingido o auge em nossa era da *pós-verdade*[182]*.* A década de 2010 tem sido marcada por um universo em que a verdade sobre fatos objetivos perdeu relevância diante do apelo a versões manipuladas para despertar emoções, fundamentar crenças e justificar preconceitos. Nesse cenário, como já antecipavam Edy Rock e Mano Brown[183], em qual mentira vamos acreditar?

> O que é portanto a verdade? Uma multidão móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos; em resumo, uma soma de relações humanas que foram realçadas, transpostas e ornamentadas pela poesia e pela retórica e que, depois de um longo uso, pareceram estáveis, canônicas e obrigatórias aos olhos de um povo: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que são, metáforas gastas que perderam a sua força sensível, moeda que perdeu sua efígie e que não é considerada mais como tal, mas apenas como metal (Nietzsche, 1999, p. 57).

A tese que sustentamos nesse momento é a de que, se a normalidade penal autoritária (criminalização da pobreza) tem sido alimentada historicamente pela *busca da verdade real*, o processo penal de exceção contemporâneo desempenha

---

[181] Não há registro seguro de que a frase efetivamente tenha sido publicada pelo autor em alguma de suas obras. Disponível em <https://quoteinvestigator.com/2013/02/24/truth-revolutionary/> Acesso em: 23.set.2018.

[182] Pós-verdade foi eleita a palavra do ano de 2016 pelo *Dicionário Oxford*, traduzindo as circunstâncias em que fatos objetivos têm menos relevância do que apelos a emoções e crenças pessoais: "After much discussion, debate, and research, the Oxford Dictionaries Word of the Year 2016 is *post-truth* – an adjective defined as 'relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief'". Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016> Acesso em: 16.jun.2018.

[183] Racionais MC's: "Quem é preto como eu, já tá ligado qual é, nota fiscal Rg polícia no pé. Escuta aqui o primo do cunhado do meu genro é mestiço, Racismo não existe, comigo não tem disso, É pra sua segurança. Falou, falou... Deixa pra lá. Vou escolher em qual mentira vou acreditar".

práticas (ainda mais) autoritárias para deflagrar a criminalização da resistência, mediante o *abandono da verdade* em prol das convicções. Em circunstâncias tais, os fatos valem menos do que as versões, caracterizando-se aquilo que Franco Cordero (1986) denominou *primado das hipóteses sobre os fatos*.

Nesse contexto, a definição do conceito de verdade que informa a persecução criminal é consequência direta do modelo de sistema processual adotado por um ordenamento jurídico. Notadamente, o modo de produção das provas, as possibilidades de atuação das partes e a delimitação dos poderes e deveres do magistrado dependem da maneira como se disciplina essa busca pela verdade.

No *sistema acusatório*, o princípio do ônus da prova assegura a existência de uma estrutura garantista na qual a acusação deve comprovar a veracidade da hipótese acusatória pelos meios admitidos pela Constituição. No *sistema inquisitivo*, o princípio da busca pela verdade real instrumentaliza o autoritarismo penal para que o julgador conduza a produção das provas de acordo com os seus próprios critérios e valores, tal qual uma divindade capaz de revelar a melhor solução para o caso. Por sua vez, no *sistema da inquisição dissimulada* a estrutura fundamental que identificamos no processo penal empregado como medida de exceção consiste no próprio abandono da verdade no processo penal, esvaziando-se de sentido a garantia do ônus da prova numa estrutura discursiva que admite soluções ainda mais autoritárias do que a busca pela verdade real.

Assim, a inquisição dissimulada corrompe a presunção de inocência mediante o que ora apresentamos como *antiprincípio do primado das hipóteses sobre os fatos*, segundo o qual o processo passa a operar segundo uma linguagem livremente construída pelos aplicadores do direito com base em juízos morais, pessoais, discricionários e subjetivos, que abandonam o referencial à verdade dos fatos, provas, teses e argumentos para conduzir a persecução penal de acordo com meras hipóteses e presunções.

A exceção não opera segundo a busca por uma verdade real, que durante décadas serviu de justificativa para legitimar poderes inquisitoriais ao magistrado e violações típicas do autoritarismo que tem caracterizado a normalidade penal histórica

brasileira[184]. A fraude ao princípio garantista do ônus da prova é o próprio abandono da verdade, como porta de entrada de uma forma de subjetividade (crenças, valores, critérios morais) imposta pelo mercado.

Essa lógica é involuntariamente estimulada por parte da doutrina brasileira contemporânea que, em sentido diametralmente oposto à crença na possibilidade de obtenção de uma verdade real, propõe o *abandono da verdade como solução crítica idealista* ao decisionismo processual de propostas inquisitivas que insistem na busca pela verdade real.

Para Aury Lopes Jr. (2006, p. 282-3),

> No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes dirigida ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório [...]. Então, se a sentença não é — necessariamente — reveladora da verdade, ela é o quê? Um ato de crença, de fé. Se isso coincidir com a 'verdade', muito bem. Importante é considerar que a 'verdade' é contingencial, e não fundante.

Embora o propósito seja legítimo — limitar os poderes instrutórios do magistrado —, o completo abandono da verdade (fruto da proposta segundo a qual a verdade seria *mero produto do convencimento*) pode resultar na supremacia da hipótese acusatória sobre a realidade, o que associamos àquilo que Franco Cordero (1986, p. 51) denominou primado da hipótese sobre os fatos, especialmente nas

[184] Tratamos do *mito da verdade real* no capítulo 3.3, ocasião em que identificamos na doutrina processual penal brasileira clássica diversas referências ao que se convencionou chamar de princípio da verdade real. Por todos, é ilustrativa a obra de Júlio Fabbrini Mirabete (1998, p. 44): "Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal".

práticas de um sistema de justiça contaminado pela mentalidade autoritária dos aplicadores do direito,

A premissa do raciocínio que propõe o abandono da verdade é correta e consiste na impossibilidade de se obter algo como uma *verdade real*, enquanto representação fiel de fatos pretéritos. De fato, está superada a visão estruturalista segundo a qual a linguagem atuaria como absoluta correspondência e representação da realidade mediante relações de equivalência entre significantes e significados. Não há, portanto, uma verdade absoluta que possa ser traduza na linguagem do processo penal.

No mesmo sentido, Geraldo Prado (2005, p. 73) afirma que não existe verdade real "se a aceitarmos como expressão absoluta dos fatos que devem ser demonstrados no processo", tratando-se de "um ideal não alcançável, que cede espaço a uma verdade não definitiva, mas contingente; não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneos".

Todavia, o fato de não existir uma *verdade real* não significa que a sentença seja um mero *ato de fé* (Lopes Jr., p. 2006, p. 283). O que deve ser abandonado é o conceito de "verdade real" e não toda concepção de verdade no processo penal, sob pena de legitimarmos condenações mentirosas — ou, ao menos, insuficientemente comprovadas — apenas porque casualmente mais convincentes segundo a ótica subjetiva do julgador ao caso concreto.

Portanto, não admitimos a proposta de Aury Lopes Jr. (2006, p. 282-3), para quem a verdade seria apenas produto do convencimento do magistrado. Para o autor, acusação e defesa lutariam com paridade de armas, em um sistema acusatório puro, visando ao convencimento do julgador ("captura psíquica do juiz") sobre a procedência de seu discurso e construção da narrativa, abandonando-se a verdade como estrutura fundante do processo penal.

Naturalmente, se trabalhássemos em um *cenário ideal* no qual os juízes fossem fiéis cumpridores da Constituição Federal, a tendência seria concordar com a tese do abandono da verdade. Mas, se o escopo da presente tese é a construção de uma teoria crítica do processo penal brasileiro segundo um modelo científico que dê

primazia ao mundo real e concreto, não seremos fingidores do processo penal tal o poeta de Fernando Pessoa.

Antes, é preciso reconhecer que as *práticas reais* têm demonstrado o potencial autoritário da desvinculação do processo penal da noção de verdade. No modelo garantista, a verdade é um *limite rigoroso* ao julgador. E mesmo no modelo assumidamente autoritário da busca pela verdade real, essa verdade que guia a atividade inquisitorial do magistrado atua como *limite flexível* a eventuais interesses inconfessáveis. Já o abandono da verdade implica a *inexistência de qualquer limite* a um sistema de justiça desleal à Constituição, que prefere versões aos fatos e relativizações à literalidade.

A conclusão de Aury Lopes Jr. (2006, p. 283) segundo a qual a sentença depende da crença do magistrado e, “se isso coincidir com a ‘verdade’, muito bem” não satisfaz as exigências do sistema penal garantista contemplado na Constituição Federal.

Em nosso ordenamento jurídico, toda sentença — seja condenatória ou absolutória — em matéria criminal pressupõe uma análise acerca da existência, regularidade e veracidade das provas e dos argumentos apresentados pelas partes, mediante uma avaliação orientada pela presunção de inocência e condicionada pelo exercício irrenunciável do direito de defesa.

A partir das influências iluministas, a racionalização do poder punitivo fundamenta-se na estrita legalidade. Por consequência, a imposição de uma sanção de natureza criminal em nosso sistema jurídico está condicionada à existência de lei expressa e à comprovação de uma conduta que viole o conteúdo desta lei.

Tanto a interpretação do programa normativo quanto a verificação fática da conduta pressupõem uma reconstrução histórica e dogmática dos acontecimentos por meio das formas de linguagem admitidas no processo penal. A atividade do processo penal é a reconstrução histórica por meio de uma linguagem específica.

Nesse ponto, embora não se trate de uma linguagem que visa espelhar a realidade enquanto correspondência absoluta dos fatos (identificada como *verdade real*), não se pode admitir a existência de uma linguagem livre, autônoma e interna

orientada pela subjetividade dos agentes do processo (que poderia resultar no abandono completo da verdade em prol do *mero convencimento* do juiz a partir das versões apresentadas pelas partes).

Mesmo em termos científicos e descritivos, a linguagem é performativa. De acordo com Austin (1990) tudo que fazemos com a linguagem são atos que têm efeitos performativos, ou seja, dizer algo é fazer algo. Não se trata simplesmente de representação do mundo, mas da própria criação, direcionamento e manipulação da realidade. Ilustrativamente, é muito didático o exemplo apresentado por Achille Mbembe (2014) segundo o qual o conceito biológico de raças para classificar os seres humanos surge no ocidente, durante o século XV, simultaneamente à escravização dos negros.

Portanto, a linguagem atua como condição de possibilidade para a comunicação e não como mera representação do mundo. Dessa forma, a linguagem do fato no âmbito do processo penal brasileiro é performativa e comandada pelos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, implicando uma concepção da verdade como *produto do comum*, obtida mediante um processo dialético de ressignificação histórica dos fatos a partir da observância de normas objetivas que disciplinam a atividade dos sujeitos do processo.

Em outras palavras, não se trata de uma linguagem livremente construída pelos agentes do processo com base em juízos morais, pessoais, discricionários e subjetivos, mas de uma linguagem cujo conteúdo formal e material é pré-determinado pelo direito posto, especialmente pela Constituição Federal.

Com efeito, o processo penal estrutura-se a partir da noção de verdade na medida em que a legitimidade de toda e qualquer sentença em matéria penal está indissociavelmente ligada à veracidade das razões de decidir, que deve ser analisada a partir de seus pressupostos fáticos e jurídicos de acordo com a lógica da presunção de inocência.

Na mesma linha de raciocínio, Luigi Ferrajoli (2002, p. 44-5) identifica a existência de uma verdade processual fática e uma verdade processual jurídica. A primeira (verdade fática), seria “o resultado de uma ilação dos fatos 'comprovados' do passado com os fatos 'probatórios' do presente”, obtida a partir de um juízo de

probabilidade. Já a segunda (verdade jurídica), seria fruto “de um raciocínio chamado 'subsunção', que tem a natureza de um procedimento classificatório”, obtida a partir de um juízo opinativo.

Trabalhando-se com as duas perspectivas de verdade processual, a verdade fática seria semelhante à verdade histórica — representada por uma inferência indutiva, cuja conclusão revela-se como a hipótese de maior probabilidade diante das provas admitidas no processo —, enquanto a verdade jurídica seria representada por uma inferência dedutiva caracterizada pela classificação do fato provado em uma categoria definida pela classificação jurídica.

Entretanto, Luigi Ferrajoli (2002, p. 46) também parece admitir uma margem de subjetivismo e discricionariedade à atividade do julgador incompatível à sistemática constitucional da presunção de inocência, ao reconhecer que o julgador, “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”.

Para o autor, haveria situações em que a verdade jurídica processual equivaleria a um *poder discricionário de escolha* do juiz dentre as interpretações plurais e distintas admitidas por algumas expressões normativas, no curso de um processo decisório que pode ser mais ou menos arbitrária ou racional:

> Tome-se o caso já exemplificado das 'lesões graves', que corresponde a uma das figuras de delito definidas na lei de maneira mais precisa. Na presença de que condições se pode afirmar que a vida de uma pessoa é posta em perigo? Que significam 'ocupações habituais' e 'incapacidade' para atendê-las? Quando se pode falar de 'debilidade permanente de um sentido ou de um órgão'? É apenas o caso de sublinhar que cada uma destas expressões admite uma pluralidade de interpretações distintas, todas elas opinativas, e que o juiz tem o poder de escolher a que considere mais apropriada mediante uma decisão discricionária que pode ser mais ou menos arbitrária ou racional (Ferrajoli, 2002, p. 45).

Posição semelhante é adotada por Aury Lopes Jr. (2006, p. 296-7), para quem a função jurisdicional deve assumir uma “verdadeira dimensão criadora”, incumbindo ao magistrado no julgamento criminal, no plano fático, “eleger entre as

teses apresentadas (acusatória e defensiva) qual delas irá acolher" e, no plano jurídico, "eleger a norma aplicável e, principalmente, o significado válido da norma". Ao identificar a tarefa do julgador como *eleição* das teses acolhidas e das normas aplicáveis, toma-se a aplicação do direito como ato discricionário de *escolha*.

Inclusive, o autor ressalta a importância dos sentimentos e crenças do magistrado, apontando inclusive que não haveria "racionalidade sem sentimento, emoção",

> daí a importância da subjetividade e de todo *sentire* ao ato decisório, bem como assumir que a sentença é ato de crença, de fé (abandono da verdade pela impossibilidade). [...] É inafastável esse *'sentire'* por parte do julgador e ele se expressa na valoração da prova e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso.

Deve-se ressaltar que Aury Lopes Jr. (2006, p. 283-4) considera que, diante da pluralidade de significados normativos, caberia ao juiz a missão ideal de buscar a interpretação conforme a Constituição. Ainda assim, deixa-se transparecer a subjetividade com que encara a atividade jurisdicional ao afirmar que, na sentença, o julgador "constrói a 'sua' história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença, de fé. O resultado final não é (e não precisa ser) a 'verdade', mas sim o resultado do seu convencimento".

Diante desse cenário, pode-se concluir que tanto Luigi Ferrajoli como Aury Lopes Jr. admitem, embora em medidas distintas, o protagonismo aos sentimentos, emoções e crenças ou poder de escolha e convencimento do julgador. Se a aplicação do direito penal se resumisse ao mero convencimento — sentença como *ato de crença* — de um juiz assumidamente *condicionado* por seus sentimentos, valores e emoções, o processo penal não passaria de um instrumento tirânico a serviço do poder.

Por essa razão, embora estejamos de acordo com a premissa segundo a qual é impossível a obtenção de uma *verdade real* enquanto representação fiel dos fatos em apuração, não entendemos a verdade como mero produto do convencimento subjetivo e discricionário do julgador, mas encaramos a verdade como *produto do comum* que habita nos acontecimentos sociais e no programa normativo, buscando-

se a dimensão objetiva de sentido na linguagem do fato e da norma, para além da subjetividade do intérprete.

Obviamente, existe um *conteúdo moral* a ser valorado no processo penal. O que não parece compatível com um processo penal acusatório, orientado pela garantia constitucional da presunção de inocência, é que esses valores sejam preenchidos pela ideologia dos atores processuais. Ao julgador não se deve reconhecer discricionariedade para agir segundo a sua emoção ou conforme os seus valores pessoais, mas sempre de forma vinculada à pauta ideológica estabelecida pela Constituição Federal.

Dessa forma, o julgador deve aplicar objetivamente os comandos constitucionais na atividade de produção das provas admitidas no processo articulada com uma interpretação objetiva do programa normativo, de modo a reconstruir os fatos pretéritos visando à correspondência tão aproximada da realidade quanto juridicamente possível.

Nesse sentido, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, p. 33),

> é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.

Por consequência, a sentença não é uma obra de crença ou de fé, mas um ato comandado pela Constituição Federal. A linguagem do processo estabelece uma forma própria de construção da linguagem, porém não se pode abandonar a verdade enquanto elemento referencial. Mesmo reconhecendo o seu caráter performativo (Austin, 1990), a linguagem jurídica processual busca influir na realidade e, portanto, refere-se inevitavelmente a essa realidade.

As formas construtivas de linguagem do processo penal não podem implicar uma ausência de referência à realidade, notadamente em um processo penal informado pela lógica da presunção de inocência. A toda evidência, se demonstrado que o fato não ocorreu na realidade, ou se surgir uma versão do fato significativamente mais forte que resulte em qualquer benefício à defesa, o processo penal jamais poderá

afirmar o contrário, ainda que as crenças do magistrado estejam em desacordo com a verdade trazida aos autos.

Essa linguagem própria do processo não é produzida pelos elementos internos da relação jurídica processual, nem se revela como um produto autônomo da subjetividade dos agentes do processo, mas deve ser orientada pelos comandos constitucionais. Trata-se, em síntese, de uma busca pelo comum que reside na linguagem normativa diante das provas admitidas no processo.

Em outras palavras, o que interessa para o processo penal é uma verdade hermenêutica, construída a partir de dogmas estabelecidos por um texto escrito. A atividade jurisdicional consiste em compreender e aplicar o texto constitucional e não os valores pessoais do magistrado. Não se trata, portanto, da construção de uma forma de linguagem livre e autônoma, mas sempre de acordo com os valores constitucionais que vinculam a decisão judicial: seja na produção das provas, na inquirição de testemunhas, na realização de perícias, na decretação de providências e medidas cautelares ou na interpretação do programa normativo.

O processo penal não pode ser entendido como um *jogo de azar* com infinitas possibilidades. Há um elemento inevitável de jogo, mas cujas regras estão restritas a um universo de determinações materiais estabelecidas na visão de mundo contemplada pelo texto constitucional.

Nesse ponto, partimos da premissa exposta por Friedrich Müller (2000, p. 61-3), segundo a qual a norma jurídica só existe na relação entre a interpretação do texto legal (programa normativo) e o fato concreto (âmbito da norma). Embora seja possível realizar uma leitura isolada das leis em abstrato, o texto por si só não constitui a norma jurídica, cuja existência pressupõe a interpretação da lei aplicada ao caso concreto:

> Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. [...] Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica.

Assim é que, na articulação entre o programa normativo e os fatos em apuração, o julgador não deve se orientar por suas crenças e valores pessoais, pois se trata por uma busca do comum que habita na norma jurídica, enquanto produto da sociedade traduzido e positivado em texto de lei referido aos casos concretos, cuja dimensão objetiva de sentido impede a valoração por meio de uma linguagem subjetiva e autônoma dos agentes do processo.

Em síntese, a atividade hermenêutica não deve se orientar pela moralidade do julgador, mas pela pauta ideológica estabelecida pelos comandos constitucionais. Tanto o programa normativo quanto os fatos em apuração não devem ser analisados pela ótica dos sentimentos pessoais do intérprete, mas pela busca do ideal comum compartilhado pela sociedade e representado pelo texto constitucional.

Ao assumir a sentença como *ato de crença e de fé*, o resultado concreto é o empoderamento do julgador como protagonista absoluto do espetáculo processual. Na arena da “luta de discursos para convencer o juiz” (Lopes Jr., 2006, p. 282), atribui-se ao magistrado uma margem de discricionariedade e subjetivismo incompatível com o programa normativo da Constituição Federal.

Um ato de fé não pode ser desmentido pelos fatos. Reconhecer a possibilidade de uma condenação criminal dissociada da verdade enquanto estrutura fundamental do processo e orientada pelo mero convencimento do julgador é a mola propulsora de um salto autoritário no poder penal.

> E o juízo penal, da mesma forma que o ético ou o estético, degenera em juízo "sem verdade": não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseado em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras de jogo - como o ônus da prova e o direito à defesa - que garantam a "verdade processual", mas confiado à sabedoria dos juízes e à "verdade substancial" que eles possuem. (Ferrajoli, 2002, p. 37)

O domínio da subjetividade na aplicação da lei penal é terreno fértil para o que Franco Cordero (1986, p. 51-2) chamou de *primado das hipóteses sobre os fatos*, numa estrutura discursiva em que “quem investiga segue uma delas, às vezes com

os olhos fechados", não havendo nenhuma garantia de que seja a melhor dentre as alternativas possíveis, pois todas as cartas do jogo estão nas mãos do julgador-investigador e será "ele que as coloca sobre a mesa, apontando na direção da 'sua' hipótese".

A partir de então, o juízo passa a remeter muito mais à *autoridade* dos aplicadores do direito que atuam concretamente no sistema de justiça do que à *comprovação* empírica dos pressupostos acusatórios. Por consequência, um juízo penal que não se orienta por provas e fatos — mas por valores éticos e concepções morais — degenera-se em um juízo *sem verdade*.

Ao privilegiar versões, crenças e convicções dos aplicadores em detrimento aos fatos e provas, viola-se a estrutura elementar de um sistema garantista orientado pela presunção de inocência. Mas, se efetivamente não há uma *verdade real* a ser descoberta no processo penal, é preciso responder a questão inicial: em qual mentira vamos acreditar?

Nem a verdade real, tampouco o abandono da verdade: mas uma verdade possível segundo os meios de prova admitidos no processo penal e a lógica constitucional da presunção de inocência. Pois um *julgador ativo* em busca da verdade real não é menos autoritário do que um *julgador seletivo* na escolha discricionária da versão que mais lhe interesse. Assumir que a sentença penal deva ser guiada pelas emoções, sentimentos, inclinações, valores, crenças ou fé do julgador transforma o processo em um jogo de azar e nos remete ao tempo das ordálias. Quando a pauta ideológica da Constituição é desnaturada pela moralidade dos aplicadores do direito, as versões superam aos fatos, os argumentos seduzem a verdade e a moral corrompe o direito.

4.3.10. Antiprincípio da eficiência

> *"A soberania do direito significa apenas a soberania dos homens que estabelecem e aplicam as normas jurídicas."*
> — Carl Schmitt[185] —

[185] SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. São Paulo: Vozes, 1992, p. 93.

Eficiente para que(m)?

O processo penal de exceção é a contrafação de um sistema de garantias do imputado em instrumento de perseguição aos inimigos. As táticas empregadas nesse combate bélico são camufladas pelo *discurso da eficiência* do direito penal na proteção de bens jurídicos. Na essência de todas as propostas autoritárias que legitimam a expansão do poder penal está a ilusão de que o sistema de justiça criminal seria capaz de trazer segurança e paz à sociedade.

Conforme a epistemologia da exceção que temos proposto na presente tese, o axioma fundamental "A10 – *Nulla probatio sine defensione"* (princípio do contraditório) é fraudado pela máxima "A'10 – *Não há enredo sem manipulação*" (antiprincípio da efetividade).

Enquanto a questão respondida pelo princípio garantista do *contraditório* é *como julgar*, pode-se identificar que o antiprincípio da *efetividade* responderia à questão sobre *como combater o crime*. Inverte-se o paradigma garantista segundo o qual o processo penal seria um *sistema de defesa* do imputado, passando a ser encarado como um *instrumento de segurança pública e combate à impunidade*.

No âmbito das ciências criminais brasileiras, embustes teóricos asseguram legitimidade científica à ilusão do direito penal como instrumento de segurança pública. É o caso de propostas defensivistas como a de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 338), ao defender que no processo penal estariam em jogo, de um lado, os direitos fundamentais da pessoa humana e, de outro, a segurança da sociedade; bem como a teoria do garantismo positivo ou integral proposta por Lenio Luiz Streck (2004, p. 8), segundo a qual o modelo garantista deveria comportar uma *face negativa* (de proteção do cidadão contra o autoritarismo estatal) e uma *face positiva* (que exigiria a intervenção penal do Estado para proteger a sociedade de forma eficiente).

Com efeito, o pensamento fascista da doutrina penal brasileira é desmascarado por Rubens R.R. Casara (2015, p. 194), ao apontar que o autoritarismo

costuma apelar ao mito do processo penal como instrumento de segurança pública ou pacificação social. O falso conflito entre a segurança da sociedade e os direitos humanos não passa de um truque narrativo para que seja incorporada fraudulentamente ao processo penal uma lógica semelhante ao *direito penal do inimigo* de Günther Jakobs (2008).

Ao tomar o processo penal como instrumento capaz de oferecer proteção, conforto, probidade e paz à sociedade, o poder penal passa a ser um mecanismo de controle e eliminação dos indivíduos apontados como criminosos segundo os interesses inconfessáveis do mercado, travestidos de política estatal de segurança pública. Assim, o sistema de justiça criminal é declarado tanto mais eficiente quanto maior a sua capacidade de eliminar os inimigos.

De um lado, verifica-se que a escala de eficiência da *criminalização da pobreza* é o número de prisões efetuadas em detrimento ao exercício do direito de defesa. O produto obtido a partir dessa lógica penal está no número recorde de prisioneiros e no perfil dos alvos desse encarceramento em massa: a juventude pobre e negra. Ilustrativamente, a pesquisa empírica de Maria Gorete Marques de Jesus (2016, p. 120-1) revelou que a Polícia Militar do Estado de São Paulo trabalha com uma *política de metas* cujo principal indicador de produtividade é o número de prisões efetuadas:

> Durante a realização das entrevistas, os policiais civis e militares mencionaram a existência de uma política de metas, que tem como principal indicador a prisão. Há uma certa orientação, baseada na lógica de uma produtividade policial, de que determinadas metas precisam ser cumpridas. É possível visualizar essa centralidade das prisões e a relação com produtividade policial no site da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (SSP). O link referente a dados estatísticos disponibiliza uma página cujo título é “produtividade policial”, em que se elenca todas as prisões em flagrantes realizadas mês a mês pela polícia. Um dos policiais militares entrevistado disse que cada Batalhão (BPM) apresenta um número de abordagens a serem realizadas no mês. Por exemplo, mês a mês havia uma estimativa de quantas prisões deveriam ser efetuadas pelos policiais. Haveria certa pressão interna para que essas metas fossem cumpridas. A relação extremamente hierárquica e disciplinar dentro da corporação foi apontada como principal característica dessa pressão. Os policiais que não realizam prisões, não são valorizados e sofrem coação no cotidiano.

De outra parte, nota-se que a escala de eficiência da *criminalização da resistência* se mede pelo número de condenações obtidas e pelo volume de recursos confiscados, mesmo que isso signifique a violação dos direitos fundamentais e garantias individuais. No âmbito internacional, o Fundo Monetário Internacional (FMI) publicou artigo afirmando que "a recente investida contra a corrupção no Brasil com a Operação Lava Jato é reflexo de um judiciário mais eficiente, promotores independentes e dotados com orçamento apropriado, além do apoio decisivo da mídia e sociedade"[186]. No plano interno, a assim chamada "força-tarefa da Operação Lava Jato" recebeu o Prêmio Innovare pelo reconhecimento de iniciativas pioneiras para tornar o Poder Judiciário mais eficiente[187].

Nesse contexto, a construção de um sistema de justiça criminal eficiente é orientada por um modelo utilitarista em busca de resultados. A polícia militar é tanto mais eficiente quanto mais efetua prisões em flagrante; a polícia civil, quanto mais rápido aponta para o inimigo; o ministério público, quanto mais acusações formula; o judiciário, quanto mais condenações fabrica.

O paradigma deixa de ser o respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais, substituído por uma lógica do resultado como medida da eficiência penal. Passando a se orientar por critérios utilitaristas, há uma completa inversão de valores no sistema de justiça criminal: *as garantias passam a ser encaradas como obstáculos à eficiência punitiva*.

Ao processo penal operado como *medida de exceção* resta somente a forma (aparência) jurídico-processual, pois o conteúdo (essência) é de um *antiprocesso* tirânico. Enquanto os agentes do sistema de justiça criminal se apresentam como aplicadores da lei e anunciam constantemente que as instituições estão funcionando adequadamente, o discurso formal democrático é esvaziado concretamente pelas práticas reais de exercício do poder penal.

---

[186] Disponível em <https://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/blog/2017/092817p.pdf>. Acesso em 22 out.2018.
[187] Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/forca-tarefa-da-lava-jato-ganha-premio-innovare-e-dallagnol-diz-ser-impossivel-prever-fim-da-operacao/>. Acesso em 22 out.2018.

Nesse cenário, a *proteção de bens jurídicos* adotada pelo discurso oficial serve de maquiagem para ocultar as práticas reais de violação ao sistema garantista. Dizer que *somente* as condutas que produzam lesões (efetivas ou perigos reais de lesão) a um bem jurídico *podem* ser objeto de leis penais não significa assumir que o direito penal seja capaz de evitar que tais condutas sejam praticadas, muito menos que o legislador tenha o *dever* de produzir qualquer legislação penal. Uma *teoria crítica do delito* e da concepção de bem jurídico não legitima a intervenção criminal, mas traça *limites* rigorosos à sua execução (Tavares, 2018, p. 90).

Portanto, a ideia final para descortinar o truque do processo penal de exceção parte da premissa segundo a qual *o sistema de justiça criminal não protege bens jurídicos*. A incapacidade do direito penal em fazê-lo transparece em números: basta verificar que o número de homicídios[188] no país cresce tanto a população carcerária brasileira[189].

O discurso oficial adotado pelo processo penal de exceção pretende ocultar que só é possível haver jurisdição penal efetiva mediante o respeito às garantias individuais e aos direitos fundamentais. Claro está que a eficiência garantista não deveria ser medida pela intensidade punitiva de um sistema penal, mas pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais.

Na realidade, a eficiência anunciada é a medida hipócrita de uma perseguição oculta aos inimigos das classes superiores: a criminalização da pobreza e da resistência democrática, o povo e seus representantes, uma humanidade subalterna aos interesses econômicos, um contingente populacional que Hannah Arendt (1998, p. 180) identificou como *lixo humano* fruto da concentração de riqueza na sociedade capitalista.

Para Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 74), o processo penal seria verdadeiro *direito constitucional aplicado*. Nesse passo, um processo fiel à Constituição Federal brasileira deveria se apresentar simultaneamente como

---

[188] Aponta-se que, no ano de 2016, ocorreram 62.517 homicídios no Brasil. Considerando todos os óbitos registrados no país, a causa de uma em cada dez mortes foi assassinato (Atlas da Violência, 2018).

[189] Segundo os dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, a população prisional brasileira alcançou a marca de 726.712 presos no mês de junho de 2016, isso tudo sem contar as pessoas que se encontram em prisão domiciliar e as monitoradas eletronicamente (Infopen, 2017).

instrumento apurador de uma conduta — um fato concreto, jamais uma pessoa — mediante um procedimento desenvolvido em contraditório e *instrumento garantidor* de aplicação das normas constitucionais ao imputado.

O processo penal de exceção contrafaz o modelo constitucional, eliminando um contingente humano a pretexto de trazer segurança à sociedade. As normas penais, processuais e constitucionais deixam de ser o referencial de atuação do sistema de justiça criminal, que passa a se orientar pela visão maniqueísta do *combate ao crime*, cujo enredo é dirigido pelo espetáculo midiático patrocinado pelos interesses do poder econômico.

Propõe-se um *falso conflito entre liberdade e segurança, entre direitos fundamentais e impunidade.* Na fantasia encenada pelos grandes veículos midiáticos brasileiros, viveríamos ameaçados pela criminalidade — o ladrão, o traficante, o corrupto etc. — e nossa salvaguarda seria a atuação do sistema de justiça criminal. Os heróis seriam policiais, promotores de justiça, procuradores e juízes que levariam os vilões à prisão, garantindo a segurança dos “cidadãos de bem”.

Embora a realidade refute inquestionavelmente essa tese — somos a terceira maior população carcerária do mundo, única entre os três primeiros colocados que segue crescendo (Infopen, 2017), enquanto a violência e a sensação de insegurança multiplicam-se na mesma proporção —, o discurso maniqueísta que associa o aumento do poder penal à preservação da segurança pública é naturalizado cotidianamente pelos veículos de comunicação de massa.

Como apontado inicialmente, embustes teóricos asseguram legitimidade científica à ilusão do direito penal como instrumento de segurança pública. É o caso de propostas defensivistas como a de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 338), ao defender que no processo penal “estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro”.

A doutrina fascista que pretende impor o autoritarismo pelas práticas do sistema penal não é novidade, tampouco criação original brasileira. Responsável pela elaboração do Código de Processo Penal italiano de 1930 — chamado *Codice Rocco*, que adotava o discurso inquisitorial fascista de apelo à segurança e à ordem, que

serviu de base para o nosso Código de Processo Penal de 1941 —, Vincenzo Manzini (1951, p. 251) refutava a lógica do processo penal como garantia afirmando que “as normas processuais penais tutelam principalmente o interesse social relativo à repressão da delinquência”.

Da mesma forma, a noção deturpada de eficiência do direito penal na proteção de bens jurídicos deu origem à teoria do *garantismo positivo ou integral* proposta por Lenio Luiz Streck (2004, p. 8), segundo a qual o modelo garantista deveria comportar duas perspectivas: uma *face negativa* (de proteção do cidadão contra o autoritarismo estatal) e uma *face positiva* (que exigiria a intervenção penal do Estado para proteger a sociedade de forma eficiente). Nesse contexto, o pleno garantismo penal seria o equilíbrio entre a proibição de excessos e a proibição da proteção insuficiente.

Conforme já destacado[190], não se trata apenas de ressignificar um conceito, mas a fórmula do *garantismo positivo ou integral* é uma irremediável deturpação da teoria proposta por Luigi Ferrajoli, para quem o garantismo penal se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, uma técnica de minimização da violência e maximização da liberdade, um sistema de limitação à função punitiva do Estado por meio da ampliação dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, ao subverter a estrutura fundamental do garantismo enquanto sistema de *limitação* do poder penal para sugerir que “o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal”, Lenio Luiz Streck (2004, p. 5) corrompe a teoria garantista para legitimar a *ampliação* do poder penal.

O pensamento fascista da doutrina penal brasileira é desmascarado por Rubens R.R. Casara (2015, p. 194), para quem haveria sempre um mito a orientar o universo processual penal dos regimes autoritários, qual seja: “o de que o processo penal é instrumento de segurança pública/pacificação social”.

> Esse mito surge em meio a um discurso de viés repressivo, no qual se identifica perspectiva utilitarista, reforçadora do caráter

[190] Notadamente no item “3.4. A falácia do garantismo positivo ou integral”.

> instrumental/formal do processo penal. Este, por sua vez, passa a ser visto como simples meio de atingir indivíduos que violam a norma penal. A partir desse mito, os atores jurídicos preocupam-se precipuamente com critérios de eficiência, tão ao gosto de visões economicistas, passando a acreditar que as formas (meios) processuais só se justificam e devem ser respeitadas, se necessárias à eficiência punitiva (Casara, 2015, p. 195).

Orientada pelo mito do processo penal como instrumento de segurança pública e pacificação social — farsa legitimada, na arena pública, pelo discurso midiático e, na esfera acadêmica, por parte da doutrina que ignora a realidade —, a engrenagem da exceção forja um processo penal que viola direitos e garantias de grupos de indivíduos, a pretexto de *relativizá-los* ou *reinterpretá-los* em nome da luta contra o crime e do combate à impunidade.

As operações anunciadas como *flexibilizações*, *relativizações* ou *reinterpretações* são truques linguísticos, na medida em que fraudam o sentido dos direitos fundamentais e garantias individuais. Não se pode atribuir sentido livremente às coisas, não apenas porque a comunicação é um fenômeno social, mas também — e justamente — porque essa tradição comunitária faz parte de uma realidade comum, remetendo-se a uma forma coletiva de apreender a realidade que revela uma existência material em si.

O falso conflito entre segurança da sociedade e direitos humanos (Nucci 2014, p. 338) é a porta de entrada no processo penal para um raciocínio semelhante à premissa que dá origem ao *direito penal do inimigo*:

> O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos (Greco, 2005, p. 214).

A dicotomia penal entre *cidadão e inimigo* do direito penal (Jakobs, 2008) é reeditada no falso conflito processual penal entre *segurança pública e garantias individuais* para que o processo penal brasileiro passe a ser manipulado como medida

de exceção. Para que a segurança pública (direito dos cidadãos) seja garantida pelo sistema penal, admite-se a negação das garantias constitucionais dos indivíduos que ameaçariam a harmonia e paz social (direito dos inimigos).

Portanto, o discurso da eficiência no processo penal é um truque segundo o qual se mantém a encenação do direito de defesa e a aparência do contraditório, ocultando-se a essência de combate ao inimigo. Em nome de um processo dito "eficiente", afastam-se as garantias constitucionais. A fraude discursiva é associar a ideia de eficiência à segurança social e moralidade pública, enquanto na realidade a escala eficientista do sistema penal é medida segundo o grau de manutenção dos privilégios de classe.

Na década de 2010, a maior farsa no processo penal brasileiro foi promovida pelo Supremo Tribunal Federal ao violar despudoradamente a garantia constitucional da presunção de inocência. Onde se está escrito "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (Constituição Federal, 1988, art. 5, LVII)[191], permitiu-se uma leitura *flexibilizada* para alcançar a possibilidade de se considerar culpados — executando-se, por conta disso, *provisoriamente* suas penas — aqueles cuja condenação for confirmada em segunda instância.

Sob a justificativa de "harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado", o Supremo Tribunal Federal (HC 126.292) esvaziou de sentido o sistema processual penal garantista e naturalizou as práticas autoritárias que têm se seguido em todas as instâncias do sistema de justiça criminal.

Nesse cenário, as violações ao texto constitucional são justificadas como *relativizações, flexibilizações* ou *reinterpretações* em nome da eficiência do direito

[191] A única interpretação cabível se dá em consonância aos comandos do Código de Processo Penal (1941, art. 283) — "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva" — e da Lei de Execuções Penais (1984, art. 105) — "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução" — que foram desconsiderados (sem qualquer declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

penal, do “prestígio da justiça”[192] e do “combate à impunidade”[193], orientados não mais pelas normas postas pela Constituição Federal, mas com referência à subjetividade dos julgadores, ao direito estrangeiro[194], ao “sentimento social de eficácia da lei penal”[195] e à “voz das ruas”[196].

> Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo — único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal —, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. (STF, HC 126.292).

Fora dos estritos limites dos direitos fundamentais, o discurso da eficiência contra a impunidade é um jogo de aparências para camuflar a seletividade penal em roupagem democrática. Ao agir em nome da eficiência, o Supremo Tribunal Federal legitima práticas discricionárias em todas as instâncias de aplicação do direito penal. No limite, a lógica das condenações obtidas pela flexibilização de garantias nos Tribunais é a mesma que orienta a fixação de metas de produtividade em razão do número de prisões efetuadas pela Polícia Militar.

A eficiência é um truque para ocultar a intensificação da seletividade penal como arma da racionalidade neoliberal. Caracterizada pela proteção do elo mais fraco — promover o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes —, a *situação de necessidade* que justificaria a intervenção

---

[192] “Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade” (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).
[193] “Em suma: o que o Ministro Teori está propondo, e com adesão do Ministro Fachin, agora com a minha adesão, é a de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade” (STF, HC 126.292 – Transcrição do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso).
[194] “Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Relator Teori Zavascki).
[195] “Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal” (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).
[196] “[...] o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade” (STF, HC 126.292 – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso).

penal no sistema garantista é substituída por um *juízo discricionário* dos aplicadores da lei penal em nome da *eficiência* do sistema de justiça criminal.

No processo penal de exceção, a soberania popular é violada pelas práticas do sistema de justiça criminal. Seguimos, tal qual alertava Étienne de La Boétie já no século XVI, perdendo nossa liberdade e valentia diante da tirania que hoje é fruto do autoritarismo judicial, cujo discurso elitista nos entorpece para ocultar a verdadeira essência:

> Assim são os tiranos: quanto mais eles roubam, saqueiam, exigem, quanto mais arruínam e destroem, quanto mais se lhes der e mais serviços se lhes prestarem, mais eles se fortalecem e se robustecem até aniquilarem e destruírem tudo. Se nada se lhes der, se não se lhe obedecer, eles, sem ser preciso luta ou combate, acabarão por ficar nus, pobres e sem nada; da mesma forma que a raiz, sem umidade e alimento, se torna ramo seco e morto. [...] Com a perda da liberdade, perde-se imediatamente a valentia. As pessoas escravizadas não mostram no combate qualquer ousadia ou intrepidez. Vão para o castigo como que manietadas e entorpecidas, como quem vai cumprir uma obrigação. E não sentem arder no coração o fogo da liberdade que faz desprezar o perigo e dá ganas de comprar com a morte, ao lado dos companheiros, a honra da glória." (Boétie, 2016, p. 23)

Como já ressaltado ao tratar da verdade no processo penal, a linguagem jurídica é inevitavelmente performativa, construída a partir da relação circular entre normas e fatos, cuja dimensão objetiva afigura-se a partir da constatação de que toda interpretação jurídica deve ir além do indivíduo para alcançar o sentido comum da realidade articulada com o texto normativo.

Nesse ponto, merece destaque o alerta de Baruch de Espinosa (1965, p. 157) no sentido de que, "se cada um tivesse a liberdade de interpretar à sua maneira a lei, a sociedade não poderia subsistir, ela tombaria na dissolução e o direito público se tornaria direito privado".

Também Geraldo Prado (2005, p. 74) destaca a importância de se restringir o subjetivismo do julgador, ao apontar que a "legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de

uma verdade real", o que só pode ocorrer mediante o respeito incondicional aos direitos e garantias fundamentais.

Especificamente em relação aos poderes selvagens exercidos pela própria atuação estatal infiel às leis e à Constituição, Luigi Ferrajoli (2002, p. 749) identifica o Estado que atua nessas condições como *lobo artificial*:

> Em suma sucedeu, para retomar a imagem de Hobbes, que "este homem artificial que é o Estado", nascido para domar e frear aqueles "homens lobos", que são os *homens naturais*, frequentemente se transformou em um *lobo artificial*. E os lobos artificiais se revelam tanto mais selvagens, incontroláveis e perigosos que os homens naturais que os criaram para afiançar sua tutela.

Diante disso, em sua obra *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana [Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana, 2011]* Luigi Ferrajoli aponta a soberania constitucional "como a soma daqueles fragmentos de soberania que são os direitos fundamentais atribuídos a todos e a cada um" (Ferrajoli, 2014, p. 24-5).

Portanto, os direitos fundamentais devem ser encarados como *fragmentos de soberania*. É um grave equívoco confundir os direitos e garantias individuais com meros interesses particulares que deveriam ceder diante de um interesse público maior, resultando na anulação dos direitos fundamentais frente ao exercício de poderes estatais.

A infidelidade dos agentes estatais à Constituição é fonte de atos ilimitados, incondicionados e incontroláveis, caracterizando o exercício de poderes selvagens. Esse fenômeno de *desconstitucionalização* pode ser observado nos sistemas político e jurídico a partir da progressiva desconsideração dos valores constitucionais, seguida da confusão entre o exercício dos mecanismos de poder estatal com os interesses próprios do poder econômico.

Importando as ideias garantistas ferrajolianas ao contexto brasileiro atual, Rubens R.R. Casara (2017b) afirma que esse processo de desconstitucionalização revela-se fatal para o Estado Democrático de Direito:

> Tanto na Itália como no Brasil, decisões políticas (algumas das quais proferidas no âmbito do Poder Judiciário) foram tomadas

> a partir da progressiva desconsideração, ou mesmo da eliminação, dos valores constitucionais. Construiu-se, com apoio dos meios de comunicação de massa, um imaginário popular que passa a identificar os direitos fundamentais com mercadorias, portanto negociáveis ou mesmo descartáveis. Abriu-se, assim, as portas para os chamados “poderes selvagens”, poderes sem limites ou controles.

Diante de tais poderes selvagens, Luigi Ferrajoli (2014, p. 25) identifica os direitos de liberdade e os direitos sociais como a verdadeira substância democrático, legítimos *contrapoderes* diante do arbítrio estatal:

> Diremos, portanto, que os direitos fundamentais não são apenas limites à democracia política. Eles são, além disso, a substância democrática, enquanto se referem ao povo em um sentido ainda mais concreto e denso do que a própria representação política, isto é, à liberdade e as necessidades vitais de todos e de cada um dos seus membros de carne e osso.

Nesse contexto, percebe-se que a efetividade da justiça criminal jamais poderia ser contraposta à aplicação integral dos direitos fundamentais. O raciocínio que pretende flexibilizar direitos fundamentais a pretexto de tornar a justiça criminal mais efetiva é um engodo denunciado por Luigi Ferrajoli, pois não existe ponderação possível entre o poder punitivo estatal e os direitos fundamentais do cidadão.

Não se trata de resolver um conflito entre interesse público (segurança social) e interesses particulares (garantias individuais). Ambos são interesses públicos — mais do que isso, são interesses públicos primários, segundo a classificação de Renato Alessi (1953, p. 147) —, razão pela qual os direitos fundamentais constituem a essência da linguagem processual penal objetivamente comandada pelo texto constitucional e jamais podem ser limitados ou flexibilizados por uma linguagem autônoma e dissociada do programa normativo constitucional.

A pretensão de se flexibilizar garantias individuais no processo penal em busca de segurança social ou efetividade punitivista é um equívoco que remete a noções de soberania pré-iluministas ou, quando muito, a uma visão do sistema jurídico anglo-saxônico, que não pode ser importado casuisticamente para um ordenamento que opera segundo normas positivadas e comandadas pela Constituição Federal.

Diante de um ordenamento jurídico orientado por normas constitucionais rígidas que estabelecem uma pauta moral consubstanciada em direitos fundamentais — que assumem a forma de contrapoderes e fragmentos de soberania (Ferrajoli, 2002) —, não é possível compreender o processo penal pela lógica do conflito entre interesse público (*jus puniendi*) e um suposto interesse privado (garantias individuais).

Como já destacado, ambos (poder penal e garantias individuais) assumem o caráter de interesses públicos primários e — ao contrário da relação conflituosa identificada por parte da doutrina e jurisprudência — implicam-se mutuamente, pois um é condição de possibilidade do outro, uma vez que toda e qualquer sanção de natureza criminal somente se legitima pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais que caracterizaram a linguagem performativa do nosso sistema jurídico.

A exceção se concretiza em um jogo de aparências, pois em circunstâncias normais seria óbvia a impossibilidade de se admitir qualquer flexibilização de direitos fundamentais em nome da eficiência punitiva estatal. Com efeito, Luigi Ferrajoli (2014, p. 18-19) afirma que o poder legislativo e o poder de governar estariam formal e materialmente limitados e vinculados por uma "*esfera do indecidível*" imposta pela Constituição Federal:

> De fato, por força da mutação de paradigma gerada pelo constitucionalismo rígido na estrutura das democracias, inclusive o poder legislativo e o poder de governar são juridicamente limitados e vinculados com relação não somente às formas, mas também à substancia do seu exercício. Estes limites e vínculos são impostos a tais poderes pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, os quais identificam aquela que podemos chamar de esfera do indecidível: a esfera daquilo que não é decidível, ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos de liberdade, os quais têm o poder de tornar inválidas as decisões com eles contrastantes, e a esfera daquilo que não pode não ser decidido, ou que deve ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos sociais, os quais impõem como devidas as decisões destinadas a satisfazê-los.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli demonstra como o surgimento de Constituições Federais rígidas que prescrevem uma pauta moral, fenômeno característico do pós-guerra, torna a vontade política estatal — representada pelo poder legislativo e executivo — limitada e vinculada aos comandos constitucionais.

Por consequência, a elaboração das normas não decorre de uma vontade política autônoma, tal como nos primórdios da positivação. Após o surgimento do constitucionalismo rígido, a atividade legislativa estaria limitada por comandos materiais da Constituição Federal.

O que propomos é a ampliação dessa premissa — que segundo Luigi Ferrajoli (2014) seria própria da atividade legislativa e de governo — para também caracterizar a atividade jurisdicional, na medida em que se pode identificar uma dimensão política da decisão jurídica a partir da busca de sentido na vida comum. A aplicação do direito é também um ato político. Seu caráter jurídico revela-se pela atividade essencialmente hermenêutica, mas é indissociável de sua dimensão política na busca pelo sentido comum do texto em articulação com os fatos. Do contrário, ao prestigiar a vontade subjetiva do intérprete admite-se poderes discricionários ao julgador capazes de resultar decisões arbitrárias e incompatíveis com os comandos constitucionais.

Portanto, a atividade jurídica é uma forma especial e autônoma de exercício da vontade política na busca pelo comum que habita no meio social, desenvolvendo-se especificamente pela interpretação de textos performativa em relação direta com fatos ocorridos no mundo real.

Dessa forma, tal como Luigi Ferrajoli identifica *uma esfera do indecidível* imposta pela Constituição Federal às funções estatais política e administrativa, estendemos essa premissa para compreender também a jurisdição como atividade limitada e vinculada pela pauta moral materializada nos comandos constitucionais.

Em outras palavras, tal como as demais atividades dos agentes políticos devem ser orientadas pela Constituição Federal, a decisão judicial está vinculada objetivamente à busca pelo sentido comum do ordenamento jurídico, inexistindo discricionariedade na atividade jurisdicional.

Nesse contexto, o processo penal não pode significar uma construção subjetiva dos atores do sistema de justiça criminal. O intérprete não pode orientar a atividade hermenêutica de acordo com noções utilitaristas ou com sua própria visão de mundo, mas deve agir com lealdade à pauta ideológica consagrada no texto constitucional.

A partir de um discurso alegórico do *combate eficiente ao crime* em nome da segurança pública, da moralidade administrativa e da luta contra a impunidade, o time dos justiceiros envolve todos os atores processuais que podem contribuir para a condenação do inimigo: policiais, delatores, testemunhas, peritos, promotores, advogados, juízes etc.

Retomando as ideias de Carl Schmitt (1992, p. 93), se o *império do direito* significaria apenas a soberania dos homens que impõem as normas jurídicas e decidem sobre seu conteúdo, o processo penal de exceção é uma arma de guerra manipulada pelo império do direito brasileiro, submisso à soberania do mercado que impõe a mentalidade dominante no sistema de justiça.

Portanto, a exceção se concretiza num truque destinado a ocultar o fato de que a atuação dos aplicadores do direito jamais poderia se impor por meio de uma autoridade tautológica sustentada pela autocelebração de poderes autônomos de se fazer obedecer aos próprios comandos. A toda evidência, a jurisdição penal não poderia ser orientada pela escala utilitarista do mercado.

Em um sistema minimamente comprometido com os valores democráticos, o juiz não pode ser entendido como *chefe* que encarna a vontade popular a partir de suas próprias convicções, não pode ser encarado como o *justiceiro* que — tal um oráculo — seria capaz de revelar a melhor solução a partir de uma linguagem autônoma, não pode ser o depositário de nossas expectativas morais para resolver conflitos mediante respostas formuladas discricionariamente. Como afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski (2018), “oxalá o Brasil escape do risco dos paladinos da virtude”!

Quando a doutrina afirma que o magistrado deve agir de ofício em busca da verdade, tendo “por fim fomentar no juiz um sentimento de busca, contrário à passividade, pois estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro” (Nucci, 2014, p. 338), o julgador deixa de ser um árbitro para assumir a função de *justiceiro*, aquele cuja missão seria resolver o suposto conflito entre os direitos humanos e a segurança pública.

Mas, afinal, que fazer com os *chefes justiceiros* que pretendam moralizar a sociedade mediante o exercício autoritário — dito eficiente — do poder penal? A estrutura democrática implica ausência de chefes, especialmente quando se autointitulem seres excepcionais e avoquem para si a missão de intérpretes diretos da vontade popular. Portanto, estamos com Hans Kelsen (2002, p. 111), quando retoma o conselho de Platão para selar o destino daqueles que se declarem dotados de tais qualidades superiores: que sejam homenageados com as honrarias de um ser divino, mas em seguida se lhes alertem de que não há lugar para alguém assim em uma democracia, terminando por serem definitivamente *escoltados até a fronteira*[197].

[197] “De las entrañas de su espíritu provienen las palabras que Platón pone en boca de Sócrates en su Estado (III, 9), al preguntarle cómo se trataría a un hombre de cualidades excelsas, a un genio en un Estado ideal: "Le veneraríamos como a un ser divino, maravilloso y digno de ser amado; pero, después de haberle advertido que en nuestro Estado no existía ni podía existir un hombre así, ujigiéndole con óleo y adornándole con una corona de flores, le acompañaríamos a la frontera" (Kelsen, 2002, p. 111).

CONCLUSÃO

1. Não há uma ditadura do Poder Judiciário, mas um sistema de justiça submisso à tirania do mercado soberano. Na sociedade brasileira dos nossos tempos, o direito se tornou mera roupagem institucional manipulada pelo poder econômico com o propósito de ocultar a imposição de um conteúdo tirânico.

1.1. As decisões políticas violam a soberania popular na medida em que todas as demandas socialmente relevantes passaram a ser definidas na arena judicial e a atuação do sistema de justiça se voltou à aclamação social como paradigma decisório em detrimento da legalidade constitucional.

1.2. O autoritarismo contemporâneo é fruto das práticas fraudulentas de um sistema de justiça infiel à Constituição, que oculta a perseguição dos inimigos através de um espetáculo ilusório patrocinado pelos donos da riqueza, encenado pelos aplicadores do direito e anunciado nos meios de comunicação de massa.

1.3. Abutres da democracia que, a pretexto de aplicar o direito mediante *flexibilizações* ou *relativizações* dos direitos fundamentais em nome da opinião pública(da), esvaziam de sentido a Constituição para impor as convicções, preconceitos, crenças e valores forjados pela racionalidade neoliberal. Quando a moralidade do intérprete se sobrepõe à pauta ideológica adotada pela Constituição, a tirania do sistema de justiça profana a soberania popular.

2. A censura é supérflua na era da pós-verdade. O estado de exceção na contemporaneidade é um jogo de aparências operado pelas práticas concretas do sistema de justiça, cujo caráter fraudulento traduz-se na mediação do conteúdo essencialmente tirânico (perseguição do inimigo) com as formas aparentemente democráticas (regular funcionamento das instituições).

2.1. No Brasil do século XXI, o poder soberano tem sido usurpado por uma articulação complexa entre o mercado, o sistema de justiça e os meios de comunicação de massa. Pedro Estevam Serrano define esse fenômeno como *autoritarismo líquido*, fruto de *medidas de exceção* diluídas em atos, ritos e procedimentos democráticos. Atos tirânicos destinados a combater o inimigo, que violam o ordenamento jurídico a pretexto de aplicá-lo e se ocultam sob a forma institucionalizada da aparente legalidade dos atos do sistema de justiça.

2.2. A cooptação das estruturas do sistema de justiça pelos interesses econômicos se dá em um processo identificado por Luciana Zaffalon Leme Cardoso como espiral elitista de afirmação corporativa e institucional. Concluímos que o mercado exerce o controle dos aplicadores do direito mediante uma dominação ideológica desenvolvida em quatro dimensões: (i) controle censitário, como barreira de acesso às carreiras estratégicas no sistema de justiça; (ii) controle político, que gravita em torno das eleições ou nomeações para cargos de gestão, critérios remuneratórios, métodos de designação e provimento; (iii) controle disciplinar, destinado a censurar a conduta dos aplicadores do direito e (iv) controle midiático, exercido pelos meios de comunicação de massa que transformam a arena jurídica em um embate maniqueísta.

2.3. Para Giorgio Agamben, a forma tradicional do estado de exceção no século XX separa *norma* e *aplicação* para dar origem ao que chamou de "força-de-~~lei~~" (força sem lei: porque a ordem jurídica é suspensa). Reeditando lógica semelhante para a sociedade brasileira contemporânea, pode-se identificar que as medidas de exceção separam *norma* e *interpretação* para dar origem a uma espécie de "~~força~~-de-lei" (lei sem força: porque a ordem jurídica é fraudada).

2.4. As medidas de exceção, tal a proposta de Pedro Estevam Serrano, são atos tirânicos e fraudulentos. Tirânicos porque violam a Constituição para perseguir grupos sociais tratados como inimigo, a quem se nega a proteção jurídica e política inerente a todo ser humano. Fraudulentos porque apelam à aclamação social como truque para violar a legalidade constitucional, no contexto de um espetáculo patrocinado pelos usurpadores do poder econômico contra a soberania popular e os valores democráticos.

3. Do fuzil ao martelo, da farda à toga. Como na canção de Belchior, se nossa alucinação é explicar o dia-a-dia e o delírio desta tese é a experiência com coisas reais, o trabalho confere primazia ao mundo concreto na tentativa de revelar os métodos autoritários diluídos no discurso institucional democrático do sistema de justiça brasileiro.

3.1. A *infraestrutura* da exceção na contemporaneidade deve ser analisada a partir da ascensão da racionalidade neoliberal como paradigma de (re)produção e concentração de riquezas na sociedade capitalista. Não há como estudar as práticas do sistema de justiça criminal dissociadas da realidade constatada pelo levantamento da Oxfam Brasil no ano de 2017, segundo o qual seis bilionários concentram a mesma riqueza e patrimônio que os cem milhões de brasileiros mais pobres.

3.2. Tal como identificado por Michel Foucault, o neoliberalismo é uma racionalidade governamental fraudulenta que se anuncia como nova vertente das doutrinais liberais clássicas para ocultar sua verdadeira essência de ampliação generalizada da vigilância social e do poder estatal. Não se trata de construir o Estado mínimo característico da proposta liberal clássica, mas um Estado máximo e autoritário a serviço do mercado.

3.3. Portanto, a soberania do Estado foi pilhada pelo *mercado soberano*. Os poderes político e jurídico deixaram de responder aos interesses nacionais do povo para operar segundo a racionalidade neoliberal do capitalismo financeiro, de modo que as funções estatais passaram a ser colonizadas pelo poder econômico. O mercado não atua diretamente, mas impõe sua governamentalidade por intermédio da burocracia estatal.

3.4. Nos Estados Unidos da América e no continente europeu, tem prevalecido o modelo de *legislação de exceção*. As medidas de exceção são fruto de atos normativos que ampliam o poder executivo como agente da exceção. Institui-se um regime jurídico especial em que determinados grupos (inimigos) não têm acesso aos mesmos direitos e garantias que outros (cidadãos), com justificativas que apelam à segurança nacional para combater alvos que colocariam em risco a sociedade. A figura do terrorista é um rótulo eficaz para ocultar os inimigos reais.

3.5. Na América Latina e especialmente no Brasil, desenvolveu-se um modelo de *jurisdição de exceção*. As medidas de exceção são produzidas por atos de um sistema de justiça orientado pelo discurso midiático, que apela ao clamor social como justificativa para violar — a pretexto de se flexibilizar, relativizar ou reinterpretar — direitos fundamentais e garantias individuais. Não há criação de um regime jurídico especial, mas atos tirânicos que se anunciam como aplicação do direito. A figura do bandido, corrupto, traficante ou ladrão são rótulos eficazes para os inimigos reais.

3.6. Diante desse cenário, compartilhamos da proposta de Pedro Estevam Serrano para concluir que na contemporaneidade os atos tirânicos se aproveitam das formas institucionais republicanas como tática fraudulenta de mediação com a aparência democrática. Recobrando a alucinação de Belchior, se realmente não estamos interessados em nenhuma fantasia talvez seja o momento de apontar claramente para o profeta do terror que a laranja mecânica anuncia.

4. Com âncoras fincadas nas práticas reais do processo penal brasileiro como objeto de estudo em busca de uma (cons)ciência criminal crítica — livre das amarras dogmáticas e contra o isolacionismo da ciência jurídico-penal, tal a proposta de Juarez Tavares —, nosso olhar manteve-se voltado ao mundo real e concreto a fim de desnudar os atos tirânicos da roupagem institucional aparente: uma tentativa de revelar a essência autoritária diluída na rotina que se declara democrática e garantista do sistema de justiça criminal.

4.1. O primeiro fenômeno observado nas práticas penais contemporâneas foi a intensificação da *criminalização da pobreza*. Um sistema de controle característico da normalidade penal histórica brasileira, enquanto relação oligárquica e escravocrata de dominação das classes populares por uma elite interessada em preservar a ordem estabelecida. Os inimigos são os *pobres inúteis* que, diante da extrema desigualdade e do desenvolvimento do mais valor relativo, não são consumidores nem exército de mão de obra de reserva. O foco deixa de ser a docilização de corpos úteis, mas a *eliminação de corpos inúteis* mediante a execução brutal mascarada por autos de resistência forjados e o encarceramento cruel massificado da juventude pobre e negra nas zonas periféricas.

4.2. O segundo fenômeno que caracteriza o processo o penal de exceção é a deflagração da *criminalização da resistência*. Uma nova curva autoritária de repressão ao pensamento crítico na década de 2010, direcionada especialmente aos adversários políticos, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes, advocacia combativa, servidores que permanecem leais à Constituição e setores estratégicos da economia nacional inconvenientes à lógica do mercado dito globalizado. Junto à intensificação do autoritarismo penal tradicionalmente direcionado à criminalização do pobreza, deflagrou-se um sistema de *exclusão dos sujeitos inconvenientes* à imposição da racionalidade neoliberal. O foco é a eliminação física e/ou simbólica de todos os obstáculos à tirania do mercado, estimulada pelo discurso ilusório da eficiência penal em nome da moralidade administrativa e da segurança social, contra a corrupção e a impunidade.

4.3. Como resultado da intensificação da criminalização da pobreza e da deflagração da criminalização da resistência, o processo penal de exceção estende horizontalmente o universo dos alvos do poder penal e potencializa verticalmente o arbítrio contra os inimigos. Se o sistema de justiça criminal é inevitavelmente seletivo, as práticas reais revelam que os alvos foram ampliados, mas o inimigo permanece o mesmo: são as classes populares (*criminalização da pobreza*) e os seus representantes intelectuais e políticos (*criminalização da resistência*).

4.4. Enquanto a normalidade penal operava mediante táticas rudimentares e explícitas de perseguição das classes populares — *negação* do direito de defesa aos excluídos —, a nova curva autoritária promove táticas mais sofisticadas e fraudulentas de perseguição dos novos inimigos — *contrafação* do direito de defesa a grupos outrora incluídos.

4.5. Empregando-se o processo penal como medida de exceção, a tosca separação entre excluídos e incluídos no âmbito de proteção dos direitos fundamentais é reeditada à complexidade dos nossos tempos, intensificando-se a repressão contra as classes populares tradicionalmente perseguidas e camuflando-se a perseguição seletiva de alvos do sistema político, jurídico, jornalístico, científico e empresarial inconvenientes à racionalidade neoliberal.

5. Uma vez identificado o fenômeno autoritário, o passo seguinte foi a construção de um modelo científico capaz de explicá-lo. Não por um desejo meramente descritivo e jamais como possibilidade de legitimação das práticas reais autoritárias. Mas sim como forma de conhecer o objeto a ser transformado. Retomando o alerta de Francisco Muñoz Conde, o penalista deve reconhecer o direito penal tal como é para poder criticá-lo. Assim, uma teoria crítica do processo penal pressupõe a exata compreensão do fenômeno a ser criticado.

5.1. O ponto de partida do processo penal de exceção é a concepção autoritária schmittiana do poder soberano. Transportada para o âmbito penal, a lógica decisionista institui um suposto conflito entre o poder punitivo do Estado e as garantias individuais. Apelando-se à proteção e moralização da sociedade, os direitos humanos tornam-se obstáculos ao poder penal.

5.2. Se no plano jurídico o estado de exceção institui um sistema normativo em que só há uma norma ou regra de competência — *o soberano pode tudo* —, o processo penal empregado como medida de exceção frauda o complexo sistema constitucional dos direitos fundamentais e garantias individuais a pretexto de interpretá-lo segundo a máxima de que *os aplicadores do direito podem tudo*, inclusive violar a Constituição em nome do clamor popular.

5.3. No sistema de justiça criminal brasileiro, mantém-se o *discurso garantista* como tática de mediação discursiva que envolve e dissimula as *práticas reais autoritárias*. A forma processual tornou-se um verniz de legitimidade institucional a um sistema penal tirano e submisso à racionalidade neoliberal do mercado globalizado contra a soberania popular brasileira.

5.4. O garantismo é a aparência. A teoria de Luigi Ferrajoli expressa a construção de um modelo ideal de Estado de Direito, que foi contemplado pelos direitos fundamentais e garantias fundamentais — notadamente a presunção de inocência — da Constituição Federal de 1988. Segundo esse esquema epistemológico de identificação do desvio penal, busca-se conferir grau máximo de racionalidade ao exercício do poder punitivo através do *convencionalismo penal* (estrita legalidade) e do *cognitivismo processual* (estrita jurisdicionalidade).

5.5. O autoritarismo é a essência. Como Luigi Ferrajoli reconhece ser o modelo garantista um ideal utópico e irrealizável em sua plenitude, o próprio autor aponta disfunções autoritárias irracionais que podem se manifestar concretamente por meio de uma epistemologia inquisitiva, através do *substancialismo penal* (cognitivismo ético) e do *decisionismo processual* (subjetivismo inquisitivo). A subtração de uma ou mais garantias do sistema garantista seria capaz de gerar diversos modelos de direito penal autoritário. Vimos que Luigi Ferrajoli propõe a sistematização de nove modelos autoritários (S1-S9) e concluímos que nenhum dos sistemas propostos corresponde rigorosamente à realidade brasileira dos nossos tempos.

5.6. À vista dessa tensão entre o conteúdo autoritário mediado com a aparência garantista, o modelo epistemológico que propomos é o *processo penal de exceção*. A rotina criminal brasileira revela que não existem meras disfunções autoritárias na concretização do modelo constitucional garantista, mas uma patologia democrática que origina esse sistema fraudulento de exercício do poder penal mediante a ocultação do conteúdo autoritário na aparência garantista.

5.7. Portanto, a tese proposta para compreender o sistema de justiça criminal brasileiro na contemporaneidade é que a epistemologia do processo penal de exceção contrafaz a fórmula garantista através do binômio *populismo penal* (fraude à legalidade pela aclamação) e *espetáculo processual* (fraude à jurisdicionalidade pela ilusão maniqueísta), corrompendo-se as máximas do decálogo de Luigi Ferrajoli segundo uma sistemática que identificamos como o conjunto de *antiprincípios* do processo penal de exceção.

5.8. Sem desprezar as contribuições do garantismo penal, é tempo de a doutrina do processo penal brasileiro assumir a realidade social. Porque ainda que lá no horizonte esteja a utopia constitucional, firme no propósito de que não deixemos de caminhar, mesmo Eduardo Galeano haveria de convir que tempos sombrios de escuridão podem confundir o nosso rumo e consumir as nossas forças. Por isso, sem descuidar da indispensável utopia garantista, nossa proposta é incendiar o processo penal de exceção contra a escuridão do sistema de justiça brasileiro.

6. Na contemporaneidade, a soberania deixou de ser uma questão de Estado nacional para se tornar um poder exercido segundo a lógica e os interesses do mercado globalizado. No âmbito do sistema de justiça criminal, o processo penal de exceção é um instrumento tirânico e fraudulento de dominação a serviço do poder econômico, que contrafaz em suas práticas reais autoritárias o discurso ideológico garantista estabelecido pela Constituição.

6.1. Enquanto o império neoliberal multiplica a desigualdade social e a miséria humana, o processo penal de exceção promove o recrudescimento do poder penal contra grupos inúteis (pobreza) e indesejáveis (resistência) aos interesses do mercado. Se o sistema garantista (SG) trabalha idealmente com o paradigma *punir-proibir-julgar* visando à limitação racional do poder punitivo, o sistema da exceção (SE) frauda concretamente essa estrutura mediante o paradigma *eliminar-perseguir-julgar*, promovendo a expansão desequilibrada do poder punitivo.

6.2. Sistematizando o jogo de aparências do processo penal de exceção, a tese proposta é a de que os princípios garantistas, enquanto postulados normativos de conteúdo moral próprios da democracia liberal que gravitam em torno da proteção dos direitos fundamentais, são fraudados pelos antiprincípios do processo penal de exceção.

6.3. A mediação linguística do conteúdo tirânico das práticas penais reais com o discurso aparente dos princípios constitucionais garantistas se dá pela contrafação do decálogo de Luigi Ferrajoli nas máximas que identificamos como os *dez antiprincípios do processo penal de exceção*. São esses os postulados que dão forma às medidas de exceção desempenhadas pelo sistema de justiça criminal brasileiro e realizam uma farsa segundo a qual investigação, instrução e julgamento tornam-se meros rituais utilizados como maquiagem institucional para ocultar a perseguição dos inimigos.

7. Em primeiro lugar, o princípio garantista da retributividade é corrompido pelo *antiprincípio da combatividade*. Ao invés de um modelo constitucional segundo o qual as pessoas são *punidas* por aquilo que *fazem*, no processo penal de exceção prevalece a lógica da guerra segundo a qual pessoas são *eliminadas* — física ou

simbolicamente — por serem quem *são*, manipulando-se os atos da persecução penal como tática de extermínio destinada à humanidade subalterna aos interesses do mercado.

7.1. Enxergada pelas lentes contemporâneas, a proposta de Carl Schmitt sobre o *jus belli* — ou seja, a possibilidade de um povo homogêneo identificar por sua própria decisão o inimigo a ser combatido — é capaz de explicar a transformação do processo penal brasileiro. Ao invés de uma *garantia do indivíduo* contra o poder punitivo, o processo penal passa a ser um instrumento do poder punitivo *contra o inimigo*. Essa inversão de valores é legitimada por um discurso fascista de manutenção da homogeneidade e paz social mediante o combate dos inimigos internos, à moda do *jus belli s*chmittiano.

7.2. A relação de causa e efeito entre prisão e crime dá lugar à punição seletiva da humanidade descartável (criminalização da pobreza) ou inconveniente (criminalização da resistência) aos interesses da racionalidade neoliberal. No espetáculo ilusório da guerra às drogas, da luta contra a corrupção, do combate ao crime organizado ou do enfrentamento da impunidade, o paradigma da prevenção e minimização da violência é substituído pelo discurso da eliminação do inimigo por meio da intervenção penal.

7.3. Na guerra instaurada pelo processo penal de exceção brasileiro, a pena privativa de liberdade deixa de ser uma sanção aplicada em razão da prática de uma conduta tipificada em lei como crime (um *meio de prevenção* segundo a lógica da retribuição) e passa a ser o objetivo de um combate travado contra os inimigos do mercado (um *meio de eliminação* segundo a lógica da guerra). O discurso punitivista que anuncia flexibilizar direitos para combater a criminalidade e acabar com a impunidade é um jogo de aparências destinado a manipular o clamor social e legitimar o discurso bélico do combate ao inimigo.

8. Em segundo lugar, o princípio garantista da legalidade é corrompido pelo *antiprincípio da aclamação*. Os operadores do sistema de justiça deixam de ser aplicadores leais da Constituição, assumindo a condição de agentes da moral e

intérpretes imediatos da vontade popular, obstinados a alcançar um resultado preconcebido como justo mesmo que para isso seja preciso violar direitos e garantias apelando ao clamor social.

8.1. Dialogando com a teoria de Carl Schmitt — para quem a *aclamação* seria a forma natural de manifestação de vontade de um povo — e com a concepção de Hannah Arendt sobre a formação da *ralé* — caricatura do povo, um grupo que reuniria apenas resíduos de todas as classes motivado pelo ódio contra uma sociedade da qual é excluída, refutando os mecanismos eleitorais por não se sentir representada e clamando por lideranças autoritárias —, conclui-se que o processo penal de exceção promove a substituição da legalidade pela aclamação no âmbito do sistema de justiça criminal.

8.2. O Brasil contemporâneo é cenário de práticas autoritárias que traduzem essa estrutura de legitimação do poder por aclamação em uma linguagem atualizada à complexidade social dos nossos tempos. A autoridade da Constituição é substituída pela voz das ruas, na figura caricatural de um povo reunido em torno de lideranças carismáticas que se declaram portadoras de uma moralidade superior. O fenômeno ficou bem simbolizado na fala de Eduardo Bolsonaro, deputado federal mais votado da história do país, quando afirmou publicamente que o Supremo Tribunal Federal poderia ser fechado sem qualquer dificuldade pelos militares, pois a verdadeira legitimidade estaria na expressão imediata da multidão reunida.

8.3. Nesse ponto, evidencia-se como o processo penal brasileiro tem sido empregado contemporaneamente como *medida de exceção*. Conforme apontado inicialmente, Pedro Estevam Serrano identifica que o regime político das sociedades ocidentais dos nossos tempos é marcado por um novo paradigma autoritário que se realiza — não por governos de exceção ou ditaduras aparentes, mas — por *medidas de exceção* específicas e pontuais, que ocultam seu conteúdo tirânico em roupagem democrática. Na era do autoritarismo líquido, a guerra contra o inimigo é mediada com as formas institucionais republicanas, violando-se a lei a pretexto de interpretá-la.

8.4. Por consequência, o Direito é relegado à mera forma normativa abstrata, sem qualquer eficácia concreta. Ao passo que o arcabouço jurídico é

substituído por expectativas morais, os atos do sistema de justiça passam a se orientar pela subjetividade ideológica dos aplicadores do direito, cooptados por interesses elitistas fraudam a opinião pública(da). Em síntese, as práticas reais que materializam o processo penal como medida de exceção esvaziam de sentido a Constituição Federal a pretexto de reinterpretá-la conforme aclamação da vontade popular.

9. Em terceiro lugar, o princípio garantista da necessidade é corrompido pelo *antiprincípio da seletividade*. A fraude operacionalizada pelo processo penal de exceção consiste em camuflar sob a roupagem normativa de *proibição universal de condutas* a essência real autoritária da *perseguição seletiva de inimigos*. O discurso do direito penal é democrático e se declara universal, porém as práticas reais do processo penal são manipuladas seletivamente como medidas de exceção para eliminar inimigos específicos na luta de classes dos nossos tempos.

9.1. Se Michel Foucault trabalha com o paradigma do *biopoder* para caracterizar a subjugação de corpos dóceis e úteis no controle de populações inteiras em vista das relações de produção próprias do capitalismo industrial, a categoria proposta por Achille Mbembe do *necropoder* como tática de eliminação material de corpos e populações inteiras parece mais adequada às práticas contemporâneas do processo penal brasileiro.

9.2. Na sociedade brasileira dos nossos tempos, o processo penal de exceção é o mecanismo empregado no exercício desse *necropoder* operado como tática de eliminação de um grande contingente humano subalterno aos interesses do mercado, fruto do desenvolvimento do mais-valor relativo e da extrema concentração de riquezas próprios do capitalismo financeiro. Trata-se — não mais da exploração do sujeito de direito, mas — da eliminação do lixo humano por intermédio das práticas do sistema de justiça

9.3 O direito penal vale abstratamente para todos, mas o processo penal de exceção limita-se concretamente a perseguir alvos específicos. As práticas reais do sistema de justiça criminal são orientadas pelos interesses dos donos da riqueza em exterminar pobres inúteis, adversários políticos, intelectuais críticos, jornalistas

inconvenientes e setores estratégicos da economia nacional, todos aqueles identificados com as classes populares e com a resistência democrática que ameace interferir no sistema de concentração dos privilégios.

10. Em quarto lugar, o princípio garantista da lesividade é corrompido pelo *antiprincípio da inimizade*. Ao invés de um modelo punitivo em que *condutas são proibidas* em função do dano ou do risco que produzem, deflagra-se uma guerra em que *pessoas são perseguidas* por serem quem são, desenvolvendo-se mecanismos de controle e eliminação dos grupos inúteis e indesejáveis à racionalidade neoliberal.

10.1. A roupagem democrática de um único ordenamento jurídico-penal destinado a todos os cidadãos é a mediação institucional que oculta o *antagonismo político* desempenhado pelas práticas reais tirânicas que se destinam a perseguir os inimigos e proteger os amigos, conforme os interesses do mercado soberano. Para esses inimigos, restaria apenas o que Giorgio Agamben identifica como *vida nua*, uma forma de vida matável impunemente característica do *homo sacer*.

10.2. Nesse contexto, a perseguição do inimigo pelo processo penal de exceção brasileiro na década de 2010 desenvolve-se em duas dimensões: (i) a intensificação da *criminalização da pobreza* característica da normalidade penal que impera desde a formação da sociedade brasileira, marcada pelo controle social das classes populares mediante a perseguição, intimidação e encarceramento em massa da juventude pobre e negra e (ii) a deflagração da *criminalização da resistência*, marcada pelo controle político, intelectual e econômico do país mediante a perseguição, destituição e deslegitimação de uma classe política, intelectual, de seus apoiadores e da atividade empresarial nacional.

10.3. O inimigo a ser combatido são as duas faces de um mesmo incômodo à concentração de riquezas e privilégios característicos da racionalidade neoliberal: de um lado, pobres *inúteis* que não são consumidores nem sequer mão de obra necessária; de outro, grupos outrora privilegiados que se tornaram *inconvenientes* por desempenharem alguma forma de resistência democrática à racionalidade neoliberal, que concentra riquezas e privilégios contra os valores constitucionais e a soberania

popular. Perseguido pelo processo penal de exceção, o inimigo brasileiro é o *homo sacer* do século XXI.

11. Em quinto lugar, o princípio garantista da materialidade é corrompido pelo *antiprincípio da luta de classes*. A fórmula garantista necessidade-lesão-ação é substituída pela fórmula excepcional seletividade-inimigo-dominação. Um processo penal constitucional destinado a *apurar condutas* mediante a preservação das garantias individuais do imputado dá lugar ao processo penal de exceção destinado a *reprimir conflitos* mediante a eliminação do inimigo.

11.1. Motor da história segundo Karl Marx, a luta de classes não desapareceu na sociedade neoliberal, mas se adaptou ao novo modelo de produção e acúmulo de riqueza. Se durante a fase industrial do capitalismo a dinâmica da luta de classes assentava-se na premissa segundo a qual um *grande contingente de pessoas teria sua força de trabalho explorada* (exército de reserva) e transformada no lucro dos proprietários dos meios de produção, o modelo neoliberal de produção, circulação e apropriação de riqueza produz um *grande contingente de pessoas a ser eliminado* (exército de indesejáveis).

11.2. No Brasil contemporâneo, um estudo divulgado pela Oxfam Brasil no ano de 2017 verificou que apenas seis pessoas concentram a mesma riqueza dos cem milhões de brasileiros mais pobres. Obviamente, a manutenção de tamanha desigualdade social requer uma estrutura permanente de repressão violenta estatal. Como o sistema de justiça criminal é uma instância da luta de classes, tanto os agentes políticos e intelectuais da esquerda quanto os empresários nacionais são combatidos pelo mesmo fundamento que tradicionalmente orientou a normalidade penal brasileira: a manutenção dos privilégios e a concentração das riquezas nas mãos das classes superiores.

11.3. Manipulado como medida de exceção, o processo penal brasileiro é a arena contemporânea da luta de classes. No campo de batalha criminal, as tradicionais relações de produção entre burguesia e proletariado foram reeditadas no conflito pela manutenção dos privilégios e concentração das riquezas que distanciam

as classes superiores das classes populares. Nesse cenário, a dominação classista deixa de ser um meio de controle sobre a vida da população útil como força de trabalho e passa a ser um meio de eliminação da população inútil aos propósitos do mercado através da criminalização da pobreza e das formas de resistência.

12. Em sexto lugar, o princípio garantista da culpabilidade é corrompido pelo *antiprincípio da ideologia*. A ideologia dominante entre os aplicadores do direito no sistema de justiça criminal é consolidada pelo discurso dos meios de comunicação de massa na forma de um combate maniqueísta entre heróis e vilões, do bem contra o mal, da luta contra a impunidade, da guerra contra o crime, das flexibilizações de direitos individuais em nome da integridade da Administração Pública. Fraude na pele de processo penal, a forma ideológica da persecução criminal envolve os propósitos inconfessáveis da racionalidade neoliberal.

12.1. O pensamento de Evgeni Bronislávovich Pachukanis demonstra a vinculação ideológica indissociável do direito ao capital. A ideologia jurídica é o elemento que garante a reprodução das relações de dominação nas sociedades capitalistas, desempenhando a função de ocultar mediante a aparência de igualdade uma realidade irremediavelmente desigual. Enquanto no capitalismo industrial essa dominação se ocultava ideologicamente pela sujeição ao direito — sujeitos de direito como classe explorada e *assujeitada* pelo direito, livres para vender a sua *força de trabalho* —, a racionalidade neoliberal atualiza a ideologia da sujeição ao direito pela ideia central de *combate ao crime* por meio do direito penal.

12.2. A dominação ideológica, que tradicionalmente destinava-se à exploração da força de trabalho, hoje legitima a eliminação de uma humanidade subalterna. Os explorados de antes já não interessam sequer como mão de obra, são meros obstáculos à acumulação do capital. Portanto, o *sujeito de direito* (um sujeito *controlado* pelo direito) como tática de dominação na sociedade capitalista industrial torna-se o *alvo do direito* (um sujeito *eliminado* pelo direito) como tática de guerra na sociedade brasileira contemporânea.

13. Em sétimo lugar, o princípio garantista da jurisdicionalidade é corrompido pelo *antiprincípio do espetáculo*. No espetáculo penal, subverte-se a lógica da presunção de inocência mediante uma narrativa fraudulenta que anuncia o poder punitivo do Estado como substância distinta e conflituosa com os direitos humanos. Assim, o cognitivismo processual que caracteriza a epistemologia garantista é fraudado no processo penal de exceção pela *espetacularização processual*.

13.1. A sociedade do espetáculo é tema desenvolvido por Guy Debord, que retrata um modelo dominante de vida imposto pelo capitalismo na forma de relações entre pessoas mediada por imagens, naturalizando-se a exploração de classe característica dos processos industriais, relações de produção, processo de trabalho e formas de acumulação de capital. O espetáculo seria a forma de uma sociedade capitalista na qual todas as relações são mercantilizadas e envolvidas por imagens numa representação que pretende justificar as formas de dominação de classe.

13.2. Na fantasia roteirizada sob medida aos interesses da racionalidade neoliberal, são heróis aqueles que violam — alegando *interpretar*, *relativizar* ou *flexibilizar* — os direitos e garantias fundamentais como obstáculos à eficiência punitiva estatal. Para Rubens R.R. Casara, trata-se de um espetáculo em que o juiz abandona sua função constitucional de assegurar os direitos fundamentais para se tornar o diretor preocupado com o desejo da audiência.

13.3. Ao invés de um processo garantista destinado ao conhecimento dos fatos mediante a produção de provas lícitas, tem-se um espetáculo encenado pelo processo penal de exceção como truque destinado a iludir a audiência e naturalizar formas violentas de dominação e eliminação do inimigo. Por meio da gestão pornográfica da persecução criminal, o sistema de justiça produz medidas de exceção envoltas na roupagem pretensamente democrática de um jogo de aparências anunciado como guerra ao crime em nome da segurança social e moralidade administrativa.

14. Em oitavo lugar, o princípio garantista acusatório é corrompido pelo *antiprincípio da inquisição dissimulada*. Formalmente, anuncia-se o processo penal como relação triangular: duas partes (acusação e defesa) e um julgador equidistante dos dois interesses contrapostos. Todavia, as práticas reais do poder penal desenvolvem-se mediante a confusão das funções de investigar, acusar e julgar, inclusive com uma postura ativa e interessada do magistrado, revelando absoluta disparidade de poderes entre acusação e defesa.

14.1. O truque do processo penal de exceção é dissimular o exercício de um poder inquisitivo nas práticas de um sistema penal que passa a ser anunciado como mecanismo de proteção e depuração da sociedade. Ao assumir a missão oficial de oferecer segurança, probidade e paz à coletividade, legitima-se a violação dos limites impostos pelos direitos fundamentais e garantias individuais para que justiceiros combatam os inimigos.

14.2. Tais inimigos são combatidos por uma aliança entre atores do sistema de justiça criminal que perseguem e impõem sanções aos alvos do poder penal a pretexto de aplicar o direito. Execuções em autos de resistência forjados, flagrantes provocados, prisões cautelares arbitrárias, conduções coercitivas ilegais, bloqueios financeiros abusivos e diversas outras medidas no curso do processo são manipuladas como antecipação de pena e eliminação do inimigo, segundo a sistemática da inquisição dissimulada na linguagem acusatória.

14.3. No jogo de aparências encenado pelo processo penal de exceção, pouco importam as normas jurídicas, os fatos apurados, a distribuição constitucional de direitos e deveres às partes, as provas produzidas ou os argumentos apresentados. A defesa é figurante no enredo protagonizado pela aliança de investigadores, acusadores e julgadores, cujo final feliz é a eliminação do inimigo. Um processo penal que admita violar o direito para fazer justiça não é outra coisa senão um instrumento tirânico contra a soberania popular constitucional.

15. Em nono lugar, o princípio garantista do ônus da prova é corrompido pelo *antiprincípio do primado das hipóteses sobre os fatos*. O jogo de aparências é produzido por um apanhado de suposições elucubradas por acusadores que

investigam (ao lado de investigadores que acusam), materializadas em versões acusatórias que passam a gozar de presunção de veracidade e não são efetivamente submetida ao contraditório ou à falseabilidade, mas tão somente a um jogo teatral em que a verdade sobre os fatos é irrelevante no roteiro encenado e aclamado pelo espetáculo processual.

15.1. O domínio da subjetividade na aplicação da lei penal é terreno fértil para o que Franco Cordero chamou de *primado das hipóteses sobre os fatos*, numa estrutura discursiva em que quem investiga segue uma delas, às vezes de olhos fechados, não havendo nenhuma garantia de que o resultado obtido seja o melhor dentre as alternativas possíveis, pois todas as cartas do jogo estariam nas mãos do julgador-investigador e seria ele a colocá-las sobre a mesa, apontando na direção da sua hipótese. Nesse contexto, o juízo passa a remeter muito mais à autoridade dos agentes que atuam no sistema de justiça do que à comprovação empírica dos pressupostos acusatórios. Por consequência, um juízo penal que não se orienta por provas e fatos — mas por valores éticos e concepções morais — degenera-se em um juízo sem verdade.

15.2. Desse modo, a exceção não opera segundo a busca por uma verdade real, que durante décadas serviu de justificativa para legitimar poderes inquisitoriais ao magistrado e violações típicas do autoritarismo que tem caracterizado a normalidade penal histórica brasileira. A fraude ao princípio garantista do ônus da prova é o próprio *abandono da verdade*, como porta de entrada da subjetividade violenta imposta pelo mercado.

15.3. O processo penal de exceção é a forma jurídica da pós-verdade. Condenações guiadas pelas emoções, sentimentos, inclinações, valores, crenças ou fé do julgador transformam o processo em um jogo de azar e nos remetem ao tempo medieval das ordálias. Quando a pauta ideológica da Constituição é desnaturada pela moralidade dos aplicadores do direito, as versões superam aos fatos, os argumentos seduzem a verdade e a moral corrompe o direito. Porque um *julgador ativo* em busca da verdade real não é menos autoritário do que um *julgador seletivo* na escolha discricionária da versão que mais lhe interesse.

16. Em décimo lugar, o princípio garantista do contraditório é corrompido pelo *antiprincípio da eficiência*. Ao tomar o processo penal como instrumento capaz de oferecer proteção e depuração à sociedade, o poder penal passa a ser um mecanismo de controle e eliminação dos indivíduos apontados como criminosos segundo os interesses inconfessáveis do mercado, travestidos de política estatal de segurança pública. Assim, o sistema de justiça criminal passa a ser reconhecido tanto mais eficiente quanto maior a sua capacidade de eliminar os inimigos.

16.1. Embustes teóricos asseguram legitimidade científica à ilusão do direito penal como instrumento de segurança pública. É o caso de propostas defensivistas como a de Guilherme de Souza Nucci, ao defender que no processo penal estariam em jogo, de um lado, os direitos fundamentais da pessoa humana e, de outro, a segurança da sociedade; bem como a teoria do garantismo positivo ou integral proposta por Lenio Luiz Streck, segundo a qual o modelo garantista deveria comportar uma *face negativa* (de proteção do cidadão contra o autoritarismo estatal) e uma *face positiva* (que exigiria a intervenção penal do Estado para proteger a sociedade de forma eficiente).

16.2. O pensamento fascista da doutrina penal brasileira é desmascarado por Rubens R.R. Casara, ao apontar que o autoritarismo costuma apelar ao mito do processo penal como instrumento de segurança pública ou pacificação social. O falso conflito entre a segurança da sociedade e os direitos humanos é um truque para que seja incorporada fraudulentamente ao processo penal uma lógica semelhante ao *direito penal do inimigo* de Günther Jakobs. Embora não existam dois ordenamentos jurídico-penais distintos, o que determina a perseguição dos inimigos e a proteção dos amigos é a manipulação dos atos da persecução criminal, empregados pelos aplicadores do direito como medidas de exceção.

16.3. Substituído por uma lógica do resultado como medida da eficiência da justiça criminal, o paradigma do processo penal brasileiro deixou de ser o respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais. A exceção se realiza como truque destinado a ocultar o fato de que a atuação dos aplicadores do direito jamais poderia se impor por meio de uma autoridade tautológica. Segundo a Constituição, não existe ponderação possível entre o poder punitivo do Estado e os direitos fundamentais:

ambos são interesses públicos primários. No processo penal de exceção orientado por critérios utilitaristas, o sistema de justiça criminal promove a mais degradante forma de corrupção a pretexto de aplicar a lei: os direitos fundamentais são violados impunemente e as garantias constitucionais passam a ser encaradas como obstáculos à eficiência punitiva.

17. Diante do quadro apresentado, conclui-se que o decálogo garantista de Luigi Ferrajoli tem sido corrompido pelas práticas reais do processo penal de exceção brasileiro, manipulado como tática de guerra na intensificação da criminalização da pobreza e na deflagração da criminalização da resistência. Reeditando a fórmula ferrajoliana, pode-se esquematizar:

A'1 – *Não há prisão sem guerra*
A'2 – *Não há guerra sem aclamação*
A'3 – *Não há aclamação sem seletividade*
A'4 – *Não há seletividade sem inimigos*
A'5 – *Não há inimigo sem conflito*
A'6 – *Não há conflito sem ideologia*
A'7 – *Não há ideologia sem espetáculo*
A'8 – *Não há espetáculo sem fantasia*
A'9 – *Não há fantasia sem enredo*
A'10 – *Não há enredo sem manipulação*

18. Retomando o diálogo entre Carl Schmitt e Walter Benjamin sobre o paradigma teológico do estado de exceção, vimos que a concepção do *milagre schmittiano* estrutura-se na crença de que o combate aos inimigos salvaria o ordenamento jurídico por meio de sua suspensão excepcional, enquanto a perspectiva da *catástrofe benjaminiana* é a constatação de que a essência do ordenamento jurídico preservado pela própria suspensão significa concretamente a manutenção dos privilégios de classe.

18.1. Milagre eficientista em busca da salvação social ou catástrofe que visa apenas à manutenção da ordem exploratória e dominadora? O debate travado

na primeira metade do século passado sobre o estado de exceção aponta um caminho para compreendermos a verdadeira natureza do processo penal de exceção.

18.2. Para Carl Schmitt, estado de exceção e milagre se aproximam em sua teologia política como formas de rompimento da ordem vigente destinada à salvação universal. Assim como Deus interviria excepcionalmente no mundo por meio de milagres para salvar a humanidade, o soberano deveria agir declarando estado de exceção para garantir a unidade política do povo. De modo semelhante, no âmbito das ciências penais as teorias defensivistas reconhecem no processo penal um duelo entre os direitos fundamentais da pessoa humana e a segurança da sociedade, legitimando as violações dos direitos humanos como *milagre eficientista* capaz de trazer segurança e integridade à sociedade.

18.3. A tese sobre o milagre da exceção de Carl Schmitt foi desconstruída por Walter Benjamin, que demonstrou ser o estado de exceção a própria *catástrofe*. Porque a decisão soberana, que suspende o direito a pretexto de combater o inimigo e salvar a essência do ordenamento jurídico, visa apenas à manutenção da ordem exploratória e dominadora. Tal como Walter Benjamin desnudou a decisão soberana que declarava o estado de exceção de sua roupagem meramente retórica, o conteúdo autoritário no processo penal de exceção é a reedição contemporânea da catástrofe traduzida nas práticas do sistema de justiça criminal brasileiro dos nossos tempos: *impedir o exercício da soberania popular*.

18.4. O reino messiânico benjaminiano seria a sociedade sem classes, o fim da hierarquia, exploração ou dominação social que só poderia ser alcançado pela revolução. Já o estado de exceção era exatamente a forma catastrófica pela qual o soberano agiria para impedir o exercício da soberania popular. No sistema de justiça criminal, o mesmo propósito milagroso de combater os inimigos em nome da coletividade é a justificativa para a catastrófica criminalização da pobreza e da resistência democrática. Enquanto admitirmos a ilusão de um processo penal manipulado como instrumento de segurança pública, pacificação social ou moralização administrativa, as relações de dominação de classe se perpetuarão envoltas no discurso jurídico-criminal.

19. A cegueira do processo penal brasileiro é produto da mediação do conteúdo autoritário com o discurso garantista. Um espetáculo de simplificação da realidade que apela à manipulação do clamor popular como justificativa para o esvaziamento de sentido da Constituição. Um truque característico das medidas de exceção, que ilude a audiência para dissimular a violação da condição humana do inimigo em nome de supostos interesses da coletividade. Revelar esse jogo de aparências e descortinar os mecanismos tirânicos do processo penal de exceção foi a nossa tentativa de iluminar os caminhos da resistência em prol dos valores constitucionais e da soberania popular.

20. Iniciamos a tese propondo que desvendar as práticas reais do poder penal seria o plano de uma teoria crítica, porque compreender o objeto a ser transformado seria condição de possibilidade para construção de um processo penal transformador. Porque antes de resistir seria preciso superar a cegueira. Mal ou bem, uma vez desnudada a essência tirânica envolta pela aparência garantista do processo penal brasileiro na contemporaneidade, talvez sobrevenha uma dúvida: por que foi que cegamos? Com José Saramago, poríamos responder: “Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que, vendo, não veem”. E mais não digo. Senão que a história cobrará o preço daqueles que não querem ver que não veem aquilo que não veem.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio (2007a). *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial.

_____ (2007b). *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007b, p.35.

_____ (2011). *O reino e a glória.* São Paulo: Boitempo Editorial.

_____ (2012). *Entrevista concedida a Peppe Salvà*. Ragusa News, 16 ago. 2012. Disponível em <https://www.ragusanews.com/articolo/28021/giorgio-agamben-intervista-a-peppe-sava-amo-scicli-e-guccione> Acesso em 03 jul. 2018.

ALESSI, Renato (1953). *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de (2010). *Nobreza togada: as elites* jurídicas e a política da justiça no Brasil. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ALTHUSSER, Louis (1985a). *Aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro, Graal.

_____ (1985b). *Freud e Lacan. Marx e Freud*. Rio de Janeiro, Graal, 1985.

_____ (1999). *Sobre a reprodução*. Petrópolis, Vozes.

ARAÚJO, S. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. *Sociologias - Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS*, v. 43, n. 18, p. 88–115, set/dez 2016.

ARENDT, Hannah (1963). *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*. New York: Viking Press.

_____ (1998). *Origens do totalitarismo.* Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras.

ASSIS, Machado (1861). “Comentários da semana”. Publicado originalmente no ‘Diário do Rio de Janeiro’, Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1861 | Obra Completa, Machado de Assis, Rio de Janeiro: Edições W. M. Jackson,1938.

AUSTIN, John Langshaw (1990). *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre, Artes Médicas.

AVELÃS NUNES, António José (2012). *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

BALDAN, Édson Luís (2007). Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 64/2007, p. 253 273, jan-fev 2007.

_____ (2008). *Intertipicidade penal*. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BANDEIRA DE MELLO (2010), Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

BARATTA, Alessandro (1981). "Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral da ciência penal". In: *Revista de Direito Penal - Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade De Direito Cândido Mendes***,** v. 31, p. 5-37.

_____ (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam).* Buenos Aires: Editorial B de F.

BARRETO, Tobias (1996). *Fundamentos do Direito de Punir*. In Revista dos Tribunais, nº 727. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 650.

BARROSO, Luis Roberto (2016). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> Acesso em 10 nov.2016

_____ (2018). 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. *Folha de São Paulo*, 23 fev. 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml> Acesso em 25 jun. 2018.

BARTHES, Roland (2007). *Aula:* aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Collége de France, pronunciada dia 7 de janeiro de 1977. Tradução e posfácio de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix.

BATISTA, Nilo (2001). Apresentação à edição brasileira. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, 5ª ed. Rio de Janeiro, Revan.

_____ (2003). *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 42, ano 11, jan-mar.2003.

_____ (2004). “Pena pública em tempo de privatização”. In: *Curso livre de abolicionismo penal.* São Paulo: Nu-Sol, pp. 109-116.

_____ (2007). *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan.

BAUMAN, Zygmunt (1999). *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

_____ (2000). *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

_____ (2001) *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

_____ (2003). *Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

BENVENUTI, Patrícia; NAVARRO, Cristiano (2013). “Provisoriamente condenados… até que se prove o contrário”. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, 03 jun. 2013. Disponível em <https://diplomatique.org.br/provisoriamente-condenadosate-que-se-prove-o-contrario/> Acesso em 21 jun.2018

BERCOVICI, Gilberto (2003). “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição”. In *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan./jun. – 2003.

_____ (2004). *Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue.

BINDER, Alberto M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BOBBIO, Norberto. (2002). “Prefácio”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

_____ (2008). *Direito e poder*. São Paulo: Unesp.

_____ (2016a). *Novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. São Paulo: Editora Unesp.

_____ (2016b). *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp.

BODIN, Jean (1997). *Los seis libros de la República*. 3ª ed. Madrid: Tecnos.

BOÉTIE, Étienne de La (2016). *Discurso sobre a servidão voluntária*. Lisboa: Antígona.

BONESANA, Cesare (2005). *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto Brito. São Paulo: Quartier Latin.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz (2008). *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora RT.

_____ (2013a). Reflexões sobre a AP 470 e a lavagem de dinheiro. *Consultor jurídico*, 16 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-16/direito-defesa-reflexoes-ap-470-lavagem-dinheiro>. Acesso em 15 jun. 2018.

_____ (2013b). Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470. *Consultor jurídico*, 13 ago. 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>. Acesso em 30 jun. 2018.

_____ (2016). A judicialização da política. *O Estado de São Paulo*, 23 dez. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-judicializacao-da-politica/>. Acesso em 25 jun. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique (2012). *Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e Processuais Penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais.

BOURDIEU, Pierre (2003). "Dois imperialismos do universal". In: *Repensar os Estados Unidos:* por uma sociologia do superpoder. Daniel Lins e Loïc Wacquant (Orgs). Tradução de Rachel Gutiérrez. Campinas: Papirus.

BROWN, Wendy (2005). Edgework: critical essays on knowledge and politics. Princeton: Princeton University Press.

BURGARELLI, Rodrigo. Campanhas gastaram R$ 5 bilhões em 2014. *O Estado de São Paulo*, 1 dez. 2014, Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,campanhas-gastaram-r-5-bilhoes-em-2014-imp-,1600362>. Acesso em 24 jun. 2018.

CALABRICH, Bruno; FISCER, Douglas e PELELLA, Eduardo (2013). Garantismo Penal Integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2a edição. Salvador: editora JusPodivum.

CAPEZ, Fernando (2011). *Curso de processo penal*. 18ª. São Paulo: Ed. Saraiva.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme (2017). *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional*. Tese (Doutorado em administração pública e governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

CARNEIRO, Luiz Orlando; FALCÃO, Márcio (2018). Há surto de garantismo contra direito penal menos seletivo, diz Barroso. *Jota*, 13 jun. 2018, Disponível em: <https://www.jota.info/stf/ha-surto-de-garantismo-contra-direito-penal-menos-seletivo-diz-barroso-13062018>. Acesso em 25 jun. 2018.

CARNELUTTI, Francesco (1960). *Principi del processo penale*. Napoli: Morano.

_____ (1961). La cenicienta. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA.

_____ (1994). *Cuestiones sobre el processo penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro.

CARVALHO, Salo de (2008). Penas e garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO, Marco Antonio (2017). Abordagem nos Jardins tem de ser diferente da periferia, diz novo comandante da Rota. *O Estado de São Paulo*, 24 ago. 2017, Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,abordagem-nos-jardins-tem-de-ser-diferente-da-periferia-diz-novo-comandante-da-rota,70001948516>. Acesso em 24 ago. 2018.

CASARA, Rubens R. R. (2015a). *Mitologia processual penal, 1ª edição*. São Paulo: Saraiva.

_____ (2015b). Os Bons Juízes: processo penal e segurança pública. *Justificando*, 1º ago. 2015. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/08/01/os-bons-juizes-processo-penal-e-seguranca-publica/>. Acesso em 05 jul.2017.

_____ (2017a). *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

_____ (2017b). Sobre poderes selvagens e a crise na democracia. *Justificando*, 18 fev. 2017. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/18/sobre-poderes-selvagens-e-crise-na-democracia/>. Acesso em 13 ago.2018.

_____ (2017e). #SomosTodosJuízes. *Justificando*, 08 jul.2017. Disponível em <http://www.justificando.com/2017/07/08/somostodosjuizes/>. Acesso em 02 mar.2018.

CASTRO, Gabriel (2013). *'Mensalão foi ponto fora da curva', diz indicado a STF*. Veja, 05 jun.2013. Disponível em < https://veja.abril.com.br/politica/mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-diz-indicado-a-stf/> Acesso em 01 jun.2017.

CASTRO, Lola Aniyar de (1980). Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo. *Revista de Direito*

Penal–Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 30, p. 11-27.

CERQUEIRA, Danilo (coord) et al. (2018). *Atlas da violência 2018*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP.

CERVINI, Raúl (1994). Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en latinoamerica. In: Revista brasileira de ciências criminais, ano 2, n.5, p. 37-54. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CHAUÍ, Marilena de Souza (2018). A democracia e a crise do multilateralismo no mundo contemporâneo. *Seminário internacional Ameaças à Democracia e a Ordem Multipolar*. Disponível em <https://vimeo.com/290516569> Acesso em 01 out. 2018.

CHRISTIE, Nils (1993). *La industria del control del delito* — "La nueva forma del holocausto"? Buenos Aires, Editores dei Puerto

_____ (1998). *A indústria do controle do crime*: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez (1980). Violência institucional. *Revista de Direito Penal–Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, n. 28, p. 38-52.

_____ (1981). *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense.

_____ (2015). *A necessidade de retomar Marx na criminologia*. Justificando, 28 de maio de 2015. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/ > Acesso em 15 set. 2017.

CONDE, Francisco Muños (1979). Para uma ciência crítica do Direito Penal. *Revista de Direito Penal – Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, n. 24, p. 93-98.

CORDERO, Franco (1986). *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet.

CONJUR (2018). *Judiciário que se vende como iluminista está enganando a sociedade, diz Toffoli*. 15 jun. 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-jun-15/judiciario-iluminista-engana-sociedade-toffoli >. Acesso em 25 jun. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (1998). Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR – Curitiba*, ano 30, nº 30, p. 163-198.

_____ (2015). O papel do novo juiz no processo penal. Empório do Direito, 18 abr.2015. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em 04 abr.2017.

DANTAS, Dimitrius; DANTAS, Tiago (2017). Moro cita reportagem do Globo de 2010 em sentença que condenou Lula. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 jul. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-cita-reportagem-do-globo-de-2010-em-sentenca-que-condenou-lula-21583995> . Acesso em 05 ago. 2017.

DAVIS, Mike (2006). *Planeta Favela*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo.

DEBORD, Guy (2003). *A sociedade do espetáculo*. Projeto Periferia. Paráfrase em português do Brasil: Railton Sousa Guedes. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf> Acesso em 10 mai.2018.

DELEUZE, Gilles (2010). *Conversações*. São Paulo: Editora 34.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2014). *INFOPEN – Junho de 2014*: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, jun. 2014.

_____ (2017). *INFOPEN – Atualização Junho de 2016*: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, dez. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo (1974). *Direito processual penal*. VI. Coimbra: Coimbra.

DIETER, Maurício Stegemann (2007). O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais. In: *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba-PR, ano 2, vol. 1, nº 2, ago/dez.

DUCLERC, Elmir (2013). Garantismo penal integral ou defensivismo diet?. Salvador, 2013. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/1372/garantismo-penal-integral-ou-defensivismo-diet-por-elmir-duclerc>. Acesso em: 16 Ago. 2018.

DYMETMAN, Annie (2001). Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. *Lua Nova*, São Paulo, n. 53, p. 115-134.

EGYDIO DE CARVALHO, Paulo Armando (1997). O sentido utópico do abolicionismo penal in *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da*

sociedade punitiva / organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva, São Paulo: IBCCrim.

ENGELS, Friedrich (2011). Prefácio. In *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo.

FERNANDES, Antonio Scarance (2005). *Processo penal constitucional*, 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERRAJOLI, Luigi (2002). *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: RT.

_____ (2014). *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana* – 1ª edição. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva.

_____ (2016). "Prefácio". In: *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp.

_____ (2017). Existem, no Brasil, garantias do devido processo legal? Carta Capital, 16 nov. 2017. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/revista/979/existem-no-brasil-garantias-do-devido-processo-legal>. Acesso em 11 jul.2017.

FERRAZ, Hamilton; BÉZE, Patrícia Mothé Glioche (2015). Reflexões sobre o Garantismo Positivo. In *O Direito em movimento*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda.

FEUERBACH, Ludwig (2007). *A Essência do Cristianismo*. Petrópolis: Editora Vozes.

FISCHER, Douglas (2009). Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em 20 jan.2018.

FOUCAULT, Michel (1988). *A história da sexualidade I:* A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal.

_____ (2001). *A Verdade e as Formas Jurídicas*, trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de janeiro: Nau.

_____ (2008a). *Segurança, Território e População:* curso no Cóllege de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2008b). *Nascimento da Biopolítica*: curso no Cóllege de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2009). *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes.

_____ (2010) *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2012a). *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. São Paulo: Graal.

_____ (2012b). "A sociedade disciplinar em crise". In: *Ditos e escritos*, volume IV: estratégia, poder-saber. Manoel Barros Motta (Org.). Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

_____ (2015). *A sociedade punitiva.* São Paulo: Martins Fontes.

FONSECA, Márcio Alves da (2003). Michel Foucault e a constituição do sujeito. São Paulo, Educ.

GALA, Pedro Bravo (1997). "Estudo Preliminar". In BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 3ª ed. Madrid: Tecnos

GARCIA DOS SANTOS (2007), Laymert. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (coord.). A era da indeterminação. São Paulo: Boitempo.

GIL, Gilberto; VELOSO, Caetano (1993). Haiti. In: *Tropicália*. São Paulo: Polygram.

GOLDSCHMIDT, James (1935). *Problemas jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona, Bosch.

GONÇALVES, Marcos Augusto (2018). *Tendência para o autoritarismo é alta no Brasil, diz estudo*. Folha de São Paulo, 06 out.2017. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924781-tendencia-para-o-autoritarismo-e-alta-no-brasil-diz-estudo.shtml>. Acesso em 22 jun.2018.

GORENDER, Jacob (1980). *O escravismo colonial*. 3ª. ed. São Paulo: Ática.

GRAU, Eros (2006). Abertura in SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo horizonte: Del Rey.

_____ (2013). Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação dos direito e os princípios). 6ª ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (2018a). Em defesa do positivismo jurídico. *O Estado de São Paulo,* 12 mai. 2018. Disponível em <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,em-defesa-do-positivismo-juridico,70002305339>. Acesso em 21 set.2018.

_____ (2018b). Neoconstitucionalismo e direito alternativo. *O Estado de São Paulo,* 19 set. 2018. Disponível em <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,neoconstitucionalismo-e-direito-alternativo,70002508598>. Acesso em 21 set.2018.

GRECO, Luís (2005). Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 56. São Paulo: editora Revista dos Tribunais.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor (2013). O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, p. 61, jul. 2013, DTR\2013\3797. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO FILHO, Vicente (2012). Manual de Processo Penal. 9ª edição. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini (1999). A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. 347, jul-set 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (2006). (Anti-)Direito e força de lei/~~lei~~. *Panóptica*, ano 1, n. 4, p. 65-81.

_____ (2010). O Estado de Exceção em que vivemos. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, nº 28, ano V, p. 22-23.

HAMANN, Trent (2012). "Neoliberalismo, governamentalidade e ética". In: *Revista Ecopolítica*, vol. 03. São Paulo: Nu-Sol, PUC-SP. ISSN: 2316-2600.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio (2001). *Império*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Editora Record.

_____ (2004). *Multitud*. Barcelona: Random House.

_____ (2005). *Multidão*: guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record.

HART, Herbert (2009). *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes.

HERCULANO, Alexandre (1854). *História da origem e estabelecimento da Inquisição em Portugal*. Ebook disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/inquisicao.html >

HOBBES, Thomas (2002). *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes.

HORTA, Fernando (2013): as selfies revolucionárias horizontais e apolíticas. *Jornal GGN*, 30 mai. 2017. Disponível em <https://jornalggn.com.br/blog/blogfernando/2013-as-selfies-revolucionarias-horizontais-e-apoliticas-por-fernando-horta> Acesso em 30 jun. 2018.

HULSMAN, Louk (1997). "Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal". In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias. (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim.

_____ (2004). "Alternativas à justiça criminal". In: *Curso livre de abolicionismo penal.* São Paulo: Nu-Sol, pp. 35-68.

_____ (2005) "A Aposta por uma Teoria da Abolição do Sistema Penal" in *Revista Verve*. São Paulo: Nu-Sol, 2005, v. 08, pp. 246-275.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de (1993). *Penas Perdidas* – O sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Ed. Ltda.

HULSMAN, Louk; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2016). "Análisis crítico del acceso a la justicia: diálogo entre Louk Hulsman y Eugenio Raúl Zaffaroni". In ÁLVAREZ, Fernando Pérez et al. (org), *Serta in memoriam Louk Hulsman*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2015). *A aplicação de Penas e Medidas Alternativas.* Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf> . Acesso em 10 fev. 2018.

JAKOBS, Günther (2008). *Direito penal do inimigo*. Org. e introd. Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

JAPPE, Anselm (1997). *A arte de desmascarar: um dos principais libelos contra o capitalismo, "A Sociedade do Espetáculo" sai no Brasil nesta semana*. Folha de São Paulo, 17 ago.1997. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs170805.htm> Acesso em 03 jul.2018.

JARDIM, Torquato (2018). *Entrevista: 'Não há guerra que não seja letal', diz Torquato Jardim ao Correio*. Correio Braziliense, 22 fev. 2018. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/02/20/interna_politica,660876/correio-entrevista-o-ministro-da-justica-torquato-jardim.shtml> Acesso em 26 jun. 2018.

JESUS, Damásio Evangelista de (1989). *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva.

JESUS, Maria Gorete Marques de (2016). *"O que está no mundo não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. Tese (Doutorado em Sociologia) Faculdade de Filosofia, Lestras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JUNGAMNN, Raul (2018). *Entrevista: Jungmann diz que sistema de segurança no país está "falido"*, 31 jan. 2018. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-01/jungmann-diz-que-sistema-de-seguranca-no-pais-esta-falido> Acesso em 26 jun. 2018.

KANT, Immanuel (2002). *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.* Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret,

KARAM, Maria Lúcia (1997). "Utopia Transformadora e Abolição do Sistema Penal". In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias. (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim.

_____ (2004). "Pela abolição do sistema penal". In: *Curso livre de abolicionismo penal.* São Paulo: Nu-Sol, pp. 69-108.

_____ (2009). Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

KELSEN, Hans (1999). *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2000). *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra; estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares.

_____ (2003). *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

LACERDA, Fernando Hideo Iochida (2015). *Prisão de senador Delcídio Amaral materializa o Estado de exceção*, 26 nov. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/fernando-lacerda-prisao-delcidio-elegia-estado-direito> Acesso em 09 jun. 2018.

_____ (2017). A caçada de Lula pelo processo penal de exceção na era da pós-verdade in PROENER, Carol et all (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017.

LAPORTA, Taís (2018). "Concurso público é uma máquina de injustiça social". Brasil econômico, 15 set.2014. Disponível em

<http://economia.ig.com.br/carreiras/2014-09-15/concurso-publico-e-uma-maquina-de-injustica-social.html> Acesso em 30 mai. 2018

LAURIS, Élida (2013). *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece. Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*. Tese (Doutorado em Pós-Colonialismos e Cidadania Global) Faculdade de economia, Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt//handle/10316/24297>. Acesso em 24 jun 2018.

LEITE, Alaor (2014). Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na AP nº 470 do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106/2014, p. 47-90, jan-mar.2014 DTR\2014\303. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (2013). Palestra: A Problemática do erro e concurso de agentes (autoria e participação), Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 04 mar. 2013.

LEMOS, Clécio; RIBEIRO JUNIOR, Humberto (2016). Neoliberalismo e sistema penal brasileiro: sobre os ventos que sopram do norte. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade, ano 20, n. 23/24, p. 185-222.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel (2018). Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (2018). *Pureza Fatal*. Folha de São Paulo, 04 out. 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/10/pureza-fatal.shtml> Acesso em 04 out.2018.

LOPES JR., Aury (2006). *Introdução crítica ao processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____ (2018). *Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório*. Conjur, 16 mar. 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>. Acesso em 25 ago.2018.

LÖWY, Michael (2005). *Walter Benjamin: Aviso de incêndio*. São Paulo: Boitempo.

LUHMANN, Niklas. (1996) *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi.

MACHADO, Roberto (2012). “Introdução: por uma genealogia do poder”. In: *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. São Paulo: Graal.

MALAGUTI, Vera (2003) “A juventude e a questão criminal no Brasil”. In: CNJus. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf> Acesso em 15 fev. 2018.

_____ (2011). *Introdução crítica à criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Revan.

MANZINI, Vincenzo (1951). *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I.

MARCUSE, Herbert (1973). *A Ideologia da Sociedade Industrial*: o homem unidimensional. Rio de Janeiro: Zahar.

MARQUES, José Frederico (2003). *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, v 1.

MARTÍN, María (2017). Juiz ouve a “voz das ruas” e solta PMs acusados de execução no Rio. *El país*, Rio de Janeiro, 21 abr. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/20/politica/1492707645_809059.html>. Acesso em 12 mai. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes (2017). Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 16.set.2017

MARX, Karl (1845). *Teses sobre Feuerbach*. Domínio público. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000081.pdf> Acesso em 10 fev. 2018.

_____ (2008). *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo, Editora Expressão Popular.

_____ (2011) *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo.

_____ (2017). *O capital*: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital, 2ª ed. São Paulo, Boitempo.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich (2007). *A ideologia alemã*. São Paulo, Boitempo.

MASCARO, Alysson Leandro (2008). Crítica da legalidade e do direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil.

_____ (2014). *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva.

_____ (2016) *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura (2013). *Pilhagem: quando o estado de direito é ilegal*. São Paulo, WMF Martins Fontes.

MBEMBE, Achille (2014). *Crítica da Razão Negra*. Lisboa: Editora Antígona.

_____ (2016). Necropolítica. *Arte & Ensaios: Revista do PPGAV/EBA/UFRJ*, n. 32, dezembro 2016.

MIRANDA, Jorge (1993). Manual de direito constitucional, IV. Direitos fundamentais. 2.ed. Coimbra: Limitada.

_____ (2009). “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”. In: (Coords.) SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin. MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.).*Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.170.

MIRABETE, Júlio Fabbrini (1998). Processo Penal, Atlas, 8ª edição.

MORO, Sergio Fernando (2004). Considerações sobre a operação mani pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

MÜLLER, Friedrich (2000). *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad.

NAGEL, Willem Hendrik (1971). Criminologia Crítica. *Revista de Direito Penal - Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade De Direito Cândido Mendes*, n. 1, p. 72-78.

NAVES, Márcio Bilharinho (2000). *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000.

_____ (2005). *As figuras do direito em Marx*. Margem Esquerda, nº 6. São Paulo, Boitempo, 2005

_____ (2008). *Marx – ciência e revolução*. São Paulo, Quartier Latin.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2018). *Entrevista*. Brasil de fato, 09 jul. 2018. Disponível em < https://www.brasildefato.com.br/2018/07/09/judiciario-esta-cuspindo-na-constituicao-afirma-marcelo-neves/> Acesso em 12 set. 2018.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm (1999). *Os Pré-Socráticos - A Filosofia na Época Trágica dos Gregos.* Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Nova Cultural.

_____ (2008). *Verdade e mentira no sentido extra moral.* São Paulo: Hedra.

NUCCI, Guilherme de Souza (2014). *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

OLIVEIRA, Francisco de (2007). "O momento Lenin". In: *A era da indeterminação*. Orgs. Francisco de oliveira; Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Boitempo.

PACHUKANIS, Evgeni (1988). Teoria geral do direito e marxismo, trad. Sílvio Donizete Chagas, São Paulo, Acadêmica.

PASSETTI, Edson (2007). "Direitos humanos, sociedade de controle e a criança criminosa". In: *Direitos humanos: O que temos a ver com isso?* Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia – RJ.

PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias. (Orgs.) (1997). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim.

PEREIRA, Claudio José Langroiva (2002). *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

_____ (2008). *Proteção jurídico-penal e direitos universais*: tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin.

PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de (2017). *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural.

PRADO, Geraldo (2005). *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____ (2014). *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons.

_____ (2016). *Constituição é sistematicamente violada na operação "lava jato"*. Conjur, 06 mar. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mar-

06/geraldo-prado-constituicao-sistematicamente-violada-lava-jato>. Acesso em 08 jul.2018.

PRISION STUDIES (2017). *Highest to Lowest - Prison Population Total*. Disponível em <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All> Acesso em 01 dez. 2017.

PROENER, Carol et all (orgs.) (2017). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Projeto Editorial Praxis.

QUEIROZ, Paulo (2008). *Direito penal – Parte geral*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

QUIROGA, Hugo (1994). Mercado e solidariedade social: reflexões a partir da crise do estado de Bem-estar. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, nº 2, vol. 28, p. 92-113, abr./jun. 1994.

QUIJANO, Aníbal (2005). Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, p. 117-142.

RAMALHO, Renan (2018). Fux diz que juízes devem tomar decisões de acordo com anseios da sociedade em relação à Justiça. *G1*, 02 out. 2018. Disponível em: < https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/02/fux-diz-que-juizes-devem-tomar-decisoes-de-acordo-com-anseios-da-sociedade-em-relacao-a-justica.ghtml>. Acesso em 03 out.2018.

RICHTER, André (2017). Cármen Lúcia diz que clamor por justiça não será ignorado pelo STF. *Agência Brasil*, Brasília, 30 jun. 2017, Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-06/carmem-lucia-diz-que-clamor-por-justica-nao-sera-ignorado-pelo-stf>. Acesso em 30 jun. 2017.

ROSSI, Marina (2018). *Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre*. El país, 25 set.2017. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html > Acesso em 22 jun.2018.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus (2007). *Introdução ao Direito Penal e ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey.

_____ (2012). *Entrevista*. Folha de São Paulo, 11 nov. 2012. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml> Acesso em 30 jun. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2006). A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez.

SAUSSURE, Ferdinand de (2006). *Curso de Linguística Geral*. Org. por Charles Bally e Albert Sechehaye. 27ª Ed. São Paulo: Cultrix.

SCHMITT, Carl (1982). *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza.

_____ (1992). *O Conceito do Político*. São Paulo: Vozes.

_____ (1999). *La ditadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.

_____ (2001). "Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare". In *Democrazia e liberalismo: referendum e iniziativa popolare – Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*. Milão: Giuffrè.

_____ (2007). *O guardião da Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey.

_____ (2009a). *Teología Politica*. Madrid: Trotta.

_____ (2009b). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (2014). *Mapa do encarceramento.* Brasília, 2014. Disponível em: <http://juventude.gov.br/articles/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>. Acesso em 25 jan.2018.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (2015a). *Jurisdição e exceção*. Tese de pós-doutorado – Universidade de Lisboa

_____ (2015b). *A Justiça na sociedade o espetáculo*. São Paulo, Alameda.

_____ (2015c). Estado de exceção na América Latina contemporânea. *Revista Internacional de Direito Público*, v. 1, p. 79-99.

_____ (2016a). *Autoritarismo e golpe na América Latina: Breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda.

_____ (2016b). Leis antiterrorismo e suas perigosas peculiaridades. *Carta Capital*, 27 nov. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/leis-antiterrorismo-e-suas-perigosas-peculiaridades-9737.html?utm_content=buffer0e700&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffe> Acesso em: 22.nov.2016.

_____ (2016c). Entrevista: “O que parece estar ocorrendo na América Latina é a substituição da farda pela toga”. *Revista Fórum*, 23 out. 2016. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/pedro-serrano-o-que-parece-estar-ocorrendo-na-america-latina-e-a-substituicao-da-farda-pela-toga/> Acesso em: 15.02.2018.

_____(2016d) "No passado procuraram os militares; hoje, os juízes", afirma jurista. *Brasil de Fato*, 25 ago. 2016. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2016/08/25/no-passado-procuraram-os-militares-hoje-os-juizes-afirma-jurista/> Acesso em 18 mar. 2018.

_____ (2016e) “Para Pedro Serrano, o papel do sistema de justiça está substituindo o papel dos militares”. *Justificando*, 25 out. 2016. Disponível em <http://www.justificando.com/2016/10/25/para-pedro-serrano-o-papel-do-sistema-de-justica-esta-substituindo-o-papel-dos-militares/>. Acesso em 10 fev. 2017.

_____ (2016f) “O que parece estar ocorrendo na América Latina é a substituição da farda pela toga”. *Sul 21,* 23 out. 2016. Disponível em <https://www.sul21.com.br/areazero/2016/10/o-que-parece-estar-ocorrendo-na-america-latina-e-a-substituicao-da-farda-pela-toga/>. Acesso em 10 fev. 2017.

_____ (2017a). Entrevista: "Sob o manto da democracia produzem-se medidas de exceção". *Carta Capital*, 16 out. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/965/sob-o-manto-da-democracia-produzem-se-medidas-de-excecao> Acesso em: 15.12.2017.

_____ (2017b). Excesso de leis e imprecisão normativa como mecanismos de exceção. *Carta Capital*, 13 fev. 2017. Disponível em:<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/excesso-de-leis-e-imprecisao-normativa-como-mecanismos-de-excecao >. Acesso em: 30 de out. 2017.

_____ (2017c). Entrevista: “A ditadura jurídica do capital”. *Extra classe,* julho 2017. Disponível em: <http://www.extraclasse.org.br/edicoes/2017/07/a-ditadura-juridica-do-capital/> Acesso em: 18 fev. 2018.

_____ (2017d) Não há imoralidade maior do que a degradação de direitos. *Conjur,* 11 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/pedro-serrano-nao-imoralidade-maior-vulnerar-direitos> Acesso em: 18 fev. 2018.

_____ (2017e) Trump e o fim do casamento entre democracia e capitalismo neoliberal. *Carta Capital*, 07 fev. 2017. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/internacional/trump-e-o-fim-do-casamento-entre-democracia-e-capitalismo-neoliberal> Acesso em: 18 fev. 2018.

_____ (2017f). A sentença de Lula como medida de exceção in PROENER, Carol et all (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017.

_____ (2018a) Estado de exceção. Pandora, curso on-line. Disponível em <https://pandora.justificando.com/estado-de-excecao/>. Acesso em 10 jun. 2018.

_____ (2018b) "Vivemos uma nova forma de autoritarismo no mundo". *Brasil de fato,* 13 set. 2018. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2018/09/13/pedro-serrano-vivemos-uma-nova-forma-de-autoritarismo-no-mundo/>. Acesso em 13 set. 2018.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; NASCIMENTO, Luis Eduardo Gomes do (2017). Direito, modernidade periférica e colonialidade do poder. *Justificando*, 29 jun. 2017. Disponível em <http://www.justificando.com/2017/06/29/direito-modernidade-periferica-e-colonialidade-do-poder/>. Acesso em 12 nov.2017.

SIQUEIRA, Leandro (2015). *Ecopolítica*: derivas do espaço sideral. Tese de Doutorado. São Paulo: PEPGSCS/PUC-SP.

SILVA, Marco Antonio Marques da (2001). *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira.

_____ (2006). Igualdade na Persecução Criminal: Investigação e Produção de Provas nos Limites Constitucionais. In: Processo Penal e Garantias Constitucionais. São Paulo: Quartier Latin.

_____ (2009). “Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana”. In: (Coords.) SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin.

SOUZA, Jessé (2015). *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. Rio de Janeiro: LeYa.

_____ (2016). *A radiografia do golpe*. São Paulo: LeYa

_____ (2017). *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: LeYa.

SPINOZA, Baruch (1965). Traité Théologico-politique, Paris, Flammarion.

STRECK, Lenio Luiz (2004). Bem jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, FDUC, vol. LXXX, 2004.

_____ (2015). A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Referência: n. comemorativa, p. 187–206.

SUTHERLAND, Edwin Hardin (1978). *Criminology*. 10th ed. Philadelphia: Lippincott.

TARUFFO, Michele (2016). Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons.

TAVARES, Juarez (1980). *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

_____ (1998). *A crescente legislação penal e os discursos de emergência***.** Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 04, 1998.

_____ (2002). *Teoria do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey.

_____ (2004). *A globalização e os problemas de segurança pública***.** Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha, Rio de Janeiro, p. 53-78, 2004.

_____ (2007). Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, v. 01, p. 43-56.

_____ (2018). *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch.

TEIXEIRA, Alessandra (2009). *Prisões da Exceção*. Política Penal e penitenciária no Brasil contemporâneo. Curitiba: Juruá.

TELES, Edson (2010). “Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul”. In: SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo.

TIBURI, Márcia (2016). *Fascistas usam a luta contra a corrupção para corromper direitos*. Jornal GGN, 23 dez.2016. Disponível em <https://jornalggn.com.br/noticia/marcia-tiburi-facistas-usam-a-luta-contra-a-corrupcao-para-corromper-direitos> Acesso em 03 jul.2018.

TOLEDO, José Roberto de; MAIA, Lucas de Abreu; BURGARELLI, Rodrigo (2014). As 10 empresas que mais doaram em 2014 ajudam a eleger 70% da Câmara. *O Estado de São Paulo*, 8 nov. 2014, Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>. Acesso em 24 jun. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (2002). Processo penal. 24. ed. São Paulo: Saraiva.

VALIM, Rafael (2017). *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo (2010). *Curso livre de ética e filosofia do direito*. Portugal, Cascais: Princípia.

VERSELE, Séverin-Carlos (1980). *A cifra dourada da delinquência*. Revista de Direito Penal–Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 27, p. 05-20.

VILANOVA, Lourival (1997). *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad.

VILLEY, Michel (2003). *Filosofia do Direito: Definições e Fins do Direito: Os Meios do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

WACQUANT, Loïc (2001). *Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

_____ (2003). *Punir os pobres.* Rio de Janeiro: Revan.

_____ (2007). *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: a onda punitiva*. Rio de Janeiro: Revan.

_____ (2012). “Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente”. In: *Caderno CRH.* Salvador, v. 25, n. 66, pp. 205-518.

_____ (2013) A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 5, nº. 2, p. 265-273, jul.-dez.

WEBER, Max (2004). *Economia e sociedade*, vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1988). *Criminología: aproximación desde un margen*. V. 1. Bogotá: Temis.

_____ (2001) *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, 5ª ed. Rio de Janeiro, Revan.

_____ (2007). *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Jorge Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan.