

A CONFORMAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS SOB O PARADIGMA DA EXCEÇÃO PERMANENTE

THE OUTLINE OF CRIMINAL GUARANTEES UNDER THE STATE OF PERMANENT EXCEPTION

Vanessa Morais Kiss

Mestranda em Direito Processual Penal pela PUCSP. Bacharel em Direito pela USP. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8954370433884705>

ORCID: 0000-0002-3196-6698

vanessamkiss@gmail.com

Resumo: Este trabalho propõe-se a examinar as relações entre o Estado de exceção e o exercício do poder punitivo e o modo como, na contemporaneidade, mecanismos de exceção permeiam o tecido democrático e repercutem na esfera das garantias penais, bem como o papel legitimador desempenhado pelo discurso do Direito Penal do inimigo neste processo.

Palavras-chave: Estado de exceção – Sistema punitivo – Direito penal do inimigo.

Abstract: This essay aims to examine the connections between the State of exception and the exercise of punitive power and the way how, in current time, mechanisms of exception permeate democracies and resonate on criminal guarantees, as well as the legitimizing role performed by the "criminal law of the enemy" doctrine on this dynamics.

Keywords: State of exception – Punitive system – Criminal law of the enemy.

1. Introdução

Agamben (2004, p. 11) inicia sua reflexão sobre o estado de exceção pontuando a dificuldade que há em delimitar seus contornos teóricos enquanto conceito situado no limiar entre a política e o direito. Segundo o autor, o estado de exceção moderno é marcado por uma tendência à inclusão da ordem estatal na ordem jurídica, conformando uma zona de indiferenciação em que direito e fato se confundem (ibidem, p. 42-43).

A atualidade desta observação é demonstrada por **Zaffaroni** (2011, p. 14), ao registrar que, nas últimas décadas do século XX, multiplicaram-se na Europa legislações invocando emergências a fim de justificar estados de exceção, que assim se normalizam e se perpetuam no tempo – fenômeno que com ainda mais força se manifestou nas legislações latino-americanas de segurança nacional.

E, com a disseminação da prática de criação voluntária de estados de emergência nos Estados contemporâneos – mesmo nos ditos democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 13) –, a exceção se generaliza e se converte, progressivamente, de medida extraordinária em verdadeiro paradigma constitutivo da ordem jurídica (ibidem, p. 18). Daí que, nas democracias ocidentais, a declaração formal do estado de exceção gradualmente dá lugar a uma normalização sem precedentes do paradigma de segurança como técnica normal de governo (ibidem, p. 27-28), com reflexos sobre o modo de operar do sistema punitivo.

Este trabalho tem como objetivo contribuir para a compreensão destes efeitos, notadamente no âmbito das garantias penais e processuais penais, a partir da leitura do estado de exceção como fenômeno histórico e como permanência estruturante na contemporaneidade.

2. Estado de exceção, ordem jurídica e poder punitivo

Poulantzas sustenta que a forma de Estado de exceção é caracterizada por uma reorganização social em que os aparelhos

ideológicos tendem a ser cada vez menos livres e independentes, sendo que, no limite, o Estado totalitário seria caracterizado "pela atribuição de todas as instituições ao Estado, por uma estatização do conjunto da vida social, e, portanto, pela ausência de 'instituições autônomas' entre o indivíduo e o Estado" (1978, p. 336). O Estado de exceção, portanto, produziria a limitação, por vezes até a total supressão, da autonomia relativa dos aparelhos ideológicos no seio do Estado (ibidem, p. 337).

Destaca o autor, ainda, que a preponderância de um ou outro aparelho no jogo de forças determinará a forma de regime específica assumida pelo Estado de exceção. Nesse sentido, as ditaduras militares se caracterizam pela dominância do poder do exército – ramo do aparelho repressivo de Estado – sobre as demais instituições; já o fascismo, no momento que sucede a tomada do poder, seria marcado pela prevalência do partido – enquanto aparelho ideológico de Estado – na correlação de forças (ibidem, p. 341).¹

Em todo o caso, o estado de exceção é atravessado por uma modificação no sistema jurídico em direção àquilo que é frequentemente descrito como 'Estado policial' (ibidem, p. 342), deixando intacto, porém, o aspecto do direito que regulamenta os fundamentos econômicos do sistema capitalista (ibidem, p. 346). Também **Serrano** (2016, p. 15), sublinha a permanente tensão dialética existente entre o Estado de Direito e o Estado de polícia – que o primeiro, a um só tempo, carrega em seu âmago como potência e pretende combater.

Na obra de **Agamben**, a relação entre exceção e ordem jurídica aparece como zona ambígua e incerta na qual procedimentos de fato transformam-se em direito e, num movimento inverso, as normas jurídicas se indeterminam em fato; um limiar em que fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis (2004, p. 45), atenuando-se um ao outro (ibidem, p. 46). Trata-se não de uma lacuna interna à lei, mas entre a lei e a realidade, uma fratura entre a norma e a possibilidade

de sua aplicação que, em casos extremos, é preenchida pelo estado de exceção, fazendo surgir essa área na qual a aplicação da lei é suspensa, mas esta permanece em vigor (ibidem, p. 48-49). Nas palavras de **Serrano**, a “decisão soberana quanto à exceção não põe fim a um certo ordenamento, mas o suspende, fazendo valer, em determinadas ocasiões excepcionais, a legitimidade sem lei” (2016, p. 56).

Agamben observa que, embora a confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo descreva uma das características do estado de exceção (ilustrada pela frase de **Eichmann**: “as palavras do *Führer* têm força de lei”), seu aporte específico está mais ligado ao isolamento da “força de lei” em relação à lei, criando-se um espaço anômico em que potência e ato estão cindidos (ibidem, p. 60-61), aplicação e norma se separam (ibidem, p. 63) – e é nessa difusa fronteira entre o jurídico e o não-jurídico que desponta a exceção.

Dialogando com **Agamben**, **Serrano** inicia seu estudo sobre o tema da “percepção incontestável da presença do ‘Estado de exceção’ no interior das democracias contemporâneas” (2016, p. 23), constatando que, na atualidade, a exceção não se situa apenas no âmbito da extraordinariedade imaginada por **Carl Schmitt**, mas também no interior da rotina das sociedades democráticas (ibidem, p. 27). O autor assinala que um dos eixos da teoria de **Agamben** é, precisamente, “a concepção de que no interior das democracias ocidentais contemporâneas convive o Estado de exceção como uma permanência biopolítica”, em que amplos contingentes da população são reduzidos à existência meramente biológica e subtraídos de qualquer proteção jurídica, política ou teológica (ibidem, p. 65).

Serrano anota, ainda, que o principal pretexto invocado para a instauração de Estados de exceção na história recente tem sido o combate à figura do inimigo público, cujo extermínio justificaria até mesmo a suspensão de direitos a todos reconhecidos (ibidem, p. 20-21). Também para **Zaffaroni**, a admissão jurídica do conceito de inimigo representa “o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito” (2011, p. 152-153). Neste ponto, relembra-se a lição de **Arendt**, no contexto do pós-guerra, quanto ao caráter decisivo da noção de “inimigo objetivo” para o funcionamento do regime totalitário – embora o conteúdo ideológico da expressão se modifique ao sabor das circunstâncias do momento e dos obstáculos que se apresentam à preservação do poder (2012, p. 564-565).

Com efeito, historicamente, a figura do inimigo incorporou as mais diversas versões, servindo à justificação de toda sorte de medidas autoritárias (SERRANO, 2016, p. 97). Nos regimes totalitários europeus do século XX, sua feição era étnica, e a obstinação em eliminá-lo tomou sua mais terrível forma nos campos de concentração; nas ditaduras militares latino-americanas, sua identificação é sobretudo política;² no contexto norte-americano contemporâneo, seu traço marcante é o religioso.

O movimento de retração de direitos que daí resulta se revela mais claramente na esfera penal, campo fértil para a atuação de artifícios jurídico-discursivos que acabam por legitimar a exclusão da condição jurídica de ser humano – visão corroborada por **Zaffaroni**, para quem o poder punitivo sempre operou de forma discriminatória, elegendo seres humanos a quem é negada a prerrogativa de tratamento compatível com o *status* de pessoa e os parâmetros do direito penal liberal (2011, p. 11).

No caso latino-americano, quase todos os governos ditatoriais militares se valeram de proclamações racionalizadoras das violações que levavam a efeito, invocando a necessidade de defender a Constituição que eles mesmos violavam ou aniquilavam (ibidem, p. 152), prática exemplificada, no caso brasileiro, pela militarização dos julgamentos por crimes previstos na LSN (AI-2) e pela suspensão

do direito ao *Habeas Corpus* aos acusados de crimes políticos (AI-5). Noutra vértice, destaca **Zaffaroni** (2011, p. 51), que o exercício do poder punitivo nesse período foi marcado também pela intensa atuação de um sistema penal subterrâneo, de crueldade sem precedentes e sem amparo normativo sequer dentro de sua própria ordem irracional.³

Ocorre que, seja nos regimes nazista e fascista, seja nas ditaduras latino-americanas, a provisoriidade e a temporariedade que justificaram a implementação dos Estados de exceção não ultrapassaram o discurso (SERRANO, 2016, p. 143). No plano real, estas práticas de suspensão de direitos fundamentais e eleição de inimigos do Estado cujo combate tudo justifica se normalizaram, incorporando-se às rotinas do governo e perpetuando-se até a atualidade.

3. O horizonte das garantias penais na lógica da exceção contemporânea

Embora nem sempre visíveis, mecanismos de exceção e Estados de polícia operam diuturnamente no interior das democracias (SERRANO, 2016, p. 145). Em países de capitalismo periférico como o Brasil, o Estado de exceção convive com o Estado democrático de direito, não raro com a jurisdição atuando como fonte legitimadora e realizadora desta lógica. Conformam-se, assim, um Estado dual em que à maioria da população se aplica, como *modus operandi* político, a racionalidade da exceção, enquanto o Estado formal democrático idealizado na Constituição é acessível apenas a uma pequena parcela da população (ibidem, p. 107-108).

O terreno privilegiado dessa tendência é sem dúvida o penal, sobretudo considerando-se que hoje o inimigo “não se identifica mais com a figura do comunista das ditaduras militares, por exemplo, que estava disperso por toda a sociedade e sem identidade física específica, mas sim com a figura do bandido, impreterivelmente associado com uma condição social de pobreza” (ibidem, p. 150-151). E, a pretexto de combater a ameaça que ele representa, implementa-se um estado de guerra irregular e permanente travada à revelia de toda racionalidade (ZAFFARONI, 2011, p. 145-146), em que os mais elementares direitos são relativizados (ibidem, p. 150-151). Nas palavras de Batista (2003, p. 134):

Na transição da ditadura para a ‘democracia’ (1978-1988), com o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, e com o auxílio luxuoso da mídia, permitiu-se que se mantivesse intacta a estrutura de controle social, com mais e mais investimentos na ‘luta contra o crime’. E, o que é pior, com as campanhas maciças de pânico social, permitiu-se um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo.

Esta lógica é favorecida por legislações chamadas “especiais”, erguidas sobre pressupostos ligados à invocação de situações excepcionais e extraordinárias, que justificariam a relativização de garantias bem estabelecidas. Como consequência, instituições surgidas de disposições transitórias e emergenciais passam a integrar o ordenamento jurídico ordinário por razões puramente pragmáticas no que consubstancia, segundo **Serrano-Piedecasas** (1988, p. 104-105), uma forma camuflada de estado de exceção. O perigo destas legislações reside no fato de se revestirem, cuidadosamente, de formas legais, que ocultam o autoritarismo nelas implícito (ibidem, p. 107-108).

É o caso das leis antiterrorismo adotadas na Europa Ocidental, onde, a despeito da patente ineficiência das estratégias de enfrentamento estritamente criminalizantes, a crença na “solução penal” tem servido à deterioração dos princípios edificantes do Estado de direito e à construção de um Direito Penal de matiz preventivo, que se serve de tipos amplos e indeterminados, que colocam em xeque a segurança jurídica (Ibidem, p. 182-183). Na leitura de **Zaffaroni** (2011, p. 66):

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados, mas sim do nebuloso terrorismo, legitima não apenas as guerras preventivas de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais (...)

Em perspectiva análoga, nota-se que, sob a égide das ditaduras militares latino-americanas, “toda a região sancionou leis antidroga muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializadas, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão” (ZAFFARONI, 2011, p. 52).

Conclui **Zaffaroni** que, com cada emergência, surgirá um aparato burocrático cujo primeiro objetivo – por ser o mais simples e atraente – será o de promover reformas legislativas penais de corte inquisitorial que, embora ineficazes para garantir a segurança frente ao *inimigo* da vez, serão aproveitadas para a consecução de objetivos diversos, desde o controle social dos excluídos até o incremento da arrecadação (2011, p. 185-186). Certo é que o inimigo de plantão não será identificado com um simples olhar para o mundo, pois sua definição deflui de pura arbitrariedade política: “o inimigo é quem é inimigo” (ibidem, p. 104); mais ainda, “o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador” (ibidem, p. 25). E, nesse contexto em que os destinatários do tratamento diferenciado não são indivíduos facilmente discerníveis, paira o risco de que, a pretexto de identificá-los e contê-los, limitem-se as garantias e as liberdades de todos os cidadãos (p. 116-117).⁴

Não por outra razão, **Silva Sánchez** (2002, p. 55) critica a corrente que advoga uma expansão do Direito Penal a partir da mitigação dos direitos dos acusados no âmbito da criminalidade dos poderosos, sublinhando que, ainda que tais reformas sejam concebidas com este escopo, seus efeitos deletérios acabam por atingir todo o sistema punitivo, repercutindo mais gravemente sobre os direitos dos desfavorecidos. Por isso, defende que a redução das desigualdades nesta esfera pressupõe não a supressão das garantias dos privilegiados, mas, antes, assegurar que os marginalizados desfrutem efetivamente, e não apenas no plano teórico, das mesmas prerrogativas.

4. Considerações finais

A advertência de Arendt (2012, p. 639) acerca da permanência das experiências autoritárias vivenciadas no passado como potencialidade e risco sempre presente de repetição adquire novo sentido na contemporaneidade. No Brasil e em outros países que atravessaram processos históricos semelhantes, o autoritarismo não toma mais a forma dos regimes descritos por **Poulantzas**, mas se dilui no interior na organização das sociedades, de tal modo que mecanismo de exceção passam a conviver lado a lado com medidas democráticas. Não se sustenta, pois, a visão que imediatamente associa a ideia de exceção ao período militar, confinando-a em um ponto restrito do tempo e do espaço, e camuflando os mecanismos pelos quais a lógica da exceção se manifesta na atualidade (TELES, 2010, p. 307).⁵

Nesse sentido, constata **Serrano** que, na América Latina, embora juridicamente vigore o Estado de direito, no plano fático coexistem dois modelos de Estado –

um Estado democrático, geograficamente localizado nos grandes centros expandidos, e um Estado de polícia, autoritário, de exceção, localizado nas periferias das grandes cidades, que são verdadeiros territórios ocupados, onde vive a maior parte da população pobre do país” (2016, p. 149).

A justificação é encontrada na figura do “bandido”, inevitavelmente ligada à condição social de pobreza, de modo que, a pretexto de combater este sujeito que supostamente ameaça a segurança e a integridade da sociedade, adota-se um Estado de polícia capaz de suspender até os mais fundamentais direitos (ibidem, p. 168-169).

Na lição de **Zaffaroni**, em uma permanente dialética, o Estado de polícia que o Estado de direito traz em seu interior nunca cessa de tentar romper os muros que este lhe coloca – e a questão penal, muro mais frágil do Estado de direito, é o terreno privilegiado destas tensões (2011, p. 170). Nesse cenário, ganha voz o discurso que, ancorado na invocação da emergência da vez, atribui às garantias penais de um excesso a que se pode renunciar em tempos de crise (ibidem, p. 187). Ocorre que toda limitação de direitos, sob o pretexto de neutralização da ameaça do inimigo, representa um passo em direção ao enfraquecimento dos controles do Estado democrático, ou, em outros termos, “é como entregar as armas, acreditando que se chega a um armistício, quando, na realidade, trata-se de uma rendição nas piores condições” (ibidem, p. 174).

Notas

- 1 Conforme Arendt (2012, p. 516): “Da mesma forma que o perigo de uma ditadura militar surge quando o Exército já não quer servir mas dominar o corpo político, também o perigo do totalitarismo surge quando o setor conspirativo do partido revolucionário se emancipa do controle do partido e aspira à liderança”.
- 2 “Como o comunista não possuía classe social específica ou etnia identificável, a sociedade civil como um todo foi tratada como inimiga nessas ditaduras militares latino-americanas, tendo seus direitos suspensos em diversos graus.” (SERRANO, 2016, p. 143).
- 3 “Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais alegavam respeitar, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de qualquer lei. (...) O inusitado, no caso brasileiro, era a aplicação de torturas antes que o capturado fosse recolhido a uma dependência policial ou militar, sem se importar com

a presença de vizinhos ou transeuntes.” (ARNS, 2014, p. 75-77).

⁴ “Isso é assim porque, por exemplo, ao se permitir a investigação das comunicações privadas para individualizar os inimigos, a intimidade de todos os habitantes será afetada, pois esta investigação incluirá as comunicações de milhares de pessoas que não são inimigos.” (ZAFFARONI, 2007, p. 117).

⁵ “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.” (TELES, 2010, p. 316).

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARNS, D. Paulo Evaristo (org.). *Brasil nunca mais*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- POULANTZAS, Nicos. *Fascismo e ditadura*. São Paulo: Martins Fontes, 1978.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidade penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona: PPU, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TELES, Edson. Entre justiça e violência: Estado de exceção das democracias do Brasil e da África do Sul. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Recebido em: 21.08.2020 - Aprovado em: 18.01.2021 - Versão final: 25.02.2021