

NOTAS SOBRE A PERMANÊNCIA DO PENSAMENTO “SCHMITTIANO”: O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE COMO AMEAÇA AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

NOTES ON THE PERMANENCE OF "SCHMITTIAN" THOUGHT: THE PERMANENT STATE OF EXCEPTION AS A THREAT TO THE CONSTITUTIONAL RULE OF LAW

*Taiguara Libano Soares e Souza¹
Victor Afonso Bastos Ribeiro²*

RESUMO: O autoritarismo é uma evidência histórica nas instituições públicas no Brasil e no mundo. Evidências do autoritarismo podem ser observadas na dinâmica operativa do exercício do poder pelo “soberano” ou aquele que exerce o poder mediante o emprego do monopólio da violência legítima. O presente artigo pretende trazer notas sobre o pensamento “schmittiano” e de autores que convergem nesta linha, sob a ótica do Estado de Exceção e autoritarismo no contemporâneo, bem como realizar contraponto com o primado do Estado Constitucional de Direito, tendo como principal destaque o pensamento de Luigi Ferrajoli, para, ao fim, verificar indícios da permanência de resquícios autoritários no Estado Moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Autoritarismo; Carl Schmitt; Estado Constitucional de Direito; Estado de Exceção.

ABSTRACT: Authoritarianism is historical evidence all over the world. Traces of authoritarianism can be found in the operational dynamics of the exercise of power by the “sovereign” or whoever exercise power through violence. This article intends to bring notes on “Schmittian” thought and authors with similar thought, from the perspective of authoritarianism, as well as to make a counterpoint with the primacy of the Constitutional State of Law, with the main highlight being the thought of Luigi Ferrajoli, so that in the end we can verify signs of the permanence of authoritarian remnants in the Modern State.

¹ Advogado Criminalista. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ). Professora Adjunto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Docente Permanente Credenciado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFF). Professor Titular de Direito Penal do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-RJ). Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Candido Mendes (UCAM). Pesquisador do Laboratório de Estudos Penais e Criminológicos (LEPEC). Docente da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Coordenador Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Vice-Presidente do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (DDH). E-mail: taiguaralsouza@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9383-5901>

² Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF - Niterói); Especialista em Direito Penal Econômico e Criminalidade complexa pelo IBMEC-RJ; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst – PR); Coordenador regional adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM-RJ); Membro da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro (SACERJ). Contato: victorbastosadv@outlook.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-8334-0694>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3677350788570514>.

KEYWORDS: Authoritarianism; Carl Schmitt; Constitutional State of Law; State of Exception.

1. INTRODUÇÃO

O autoritarismo nas instituições do Estado brasileiro possui raízes históricas que remontam ao contexto colonial, trazendo consequências hodiernas ao sistema de justiça criminal, e todos os outros setores nos quais se exerce o poder, tais como os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, bem como também, a própria instituição policial.³

Não diferente, logo no início da república no Brasil, após sua proclamação em 1889, já se observavam resquícios autoritários no sistema de justiça criminal, como exemplo, a decretação do estado de sítio em 11 de outubro de 1890, que ilegalmente decretou a prisão de cidadãos, já apontando à época suspensão de direitos e garantias fundamentais. O que foi alvo de Habeas Corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal por Ruy Barbosa a fim de sanar a referida ilegalidade.⁴

Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, elencar, especialmente em seu artigo 5º, uma série de direitos e garantias fundamentais, observa-se que, na prática, cotidianamente esses direitos são restringidos, ou até, esvaziados, pelas instituições que compõem todo sistema penal processual pátrio. Desde a atuação das autoridades policiais no flagrante ou na investigação, passando pelo processamento e julgamento da ação penal até a execução da pena.

Evidente que o autoritarismo que macula o processo criminal é reflexo de toda uma construção histórica e social. Defende a doutrina que a permanência de resquícios autoritários no âmbito social se dá em razão da persistência do patrimonialismo, da corrupção, pela concentração da riqueza, na ausência de fiscalização e transparência do trato do bem público e da concentração de poderes na esfera judicial.⁵ Sendo certo que,

³ Para Walter Benjamin e para Carl Schmitt, o exercício do poder e da violência podem ser exercidos não tão somente pelo soberano, mas também por aqueles que representam o soberano. - SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 - BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Traducido del inglés por Héctor A. Murena. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1995.

⁴ BARBOSA, Ruy. *Estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Capital Federal: Companhia impressora, 1892.

⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

em razão da tradição patrimonialista, a obediência se dá ao “chefe”, não ao estado, e muito menos o povo.⁶

Ocorre que, no âmbito criminal, o autoritarismo concebe consequências ainda mais temerárias, haja vista que, nos processos criminais o que está essencialmente em jogo é a liberdade e a dignidade da pessoa humana, bens jurídicos de relevância incontestável.

Tal fato se revela em violações de garantias fundamentais na dinâmica operativa do processo penal, notadamente no que se refere a grupos vulneráveis e alvos preferenciais.

As evidências do autoritarismo podem ser observadas na altíssima letalidade policial, na ausência de paridade de armas entre as partes, em decretação de prisões preventivas infundadas ou pautadas em fundamentos genéricos e abstratos, em condenações baseadas quase que unicamente no “*livre convencimento do juiz*”, na confirmação da pretensão punitiva estatal em processos cuja fragilidade probatória é inequívoca, e na inegável escolha de “*alvos preferenciais*”, que acarretam na sobre-representação de negros e periféricos no sistema prisional.

Em síntese, restringem-se direitos e garantias constitucionais e processuais penais em nome da “*ordem pública*”, o que acaba por ser realizada por violência oficial e organizada.⁷ Muitas das vezes com certo “*apoio*” de boa parcela da mídia⁸ e do senso comum, ou daqueles que possuem interesses obscuros na retroalimentação desse sistema.

Feito este breve introito, o presente artigo pretende trazer notas sobre o pensamento “schmittiano” a partir da categoria política Estado de Exceção. Ademais pretende-se analisar esta perspectiva com o primado do Estado Constitucional de Direito, valendo-se sobretudo da construção teórica de Luigi Ferrajoli, a fim de identificar resquícios autoritários no Estado Moderno. Para isso, o texto é dividido em dois capítulos, para ao final, trazer conclusão própria do autor.

2. O PENSAMENTO DE CARL SCHMITT: NOTAS SOBRE DECISIONISMO E ESTADO DE EXCEÇÃO

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003; 8. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006, p. 11.

⁷ OLIVEIRA, Pedro Rocha de. *Breve história da violência estatal*. Marx e o marxismo. Publicação do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Marx e Marxismo – v.4, n.6, jan./jun. 2016. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016, p. 111-127.

⁸ Tanto tradicional, como também de alguns canais digitais.

Em apertada síntese, o Estado de Exceção é um instrumento de administração social que permite a suspensão do Estado de Direito em “situações de emergência”.

Essencialmente, o Estado de Exceção seria a situação pela qual o soberano suspende a ordem jurídica habitual em resposta a uma suposta ameaça à estabilidade ou segurança do Estado.

Noutro giro, Agamben, ao fazer uma análise crítica do conceito trazido por Schmitt, aduz o Estado de Exceção não se caracteriza por uma simples ausência de lei, ou, ausência de norma, mas sim uma zona ambígua onde as normas jurídicas são temporariamente desativadas (ou suspensas), criando um “espaço de anomia” que mantém relação com a ordem jurídica, seria uma espécie de *força de lei sem lei*⁹. Assim, constitui o Estado de Exceção “*ponto de desequilíbrio entre direito público e o fato político*”¹⁰, uma espécie de indeterminação entre fato e direito, não estando nem fora nem dentro do ordenamento jurídico.

Assim, no Estado de Exceção, o direito é suspenso, ao passo que o fato se transforma em direito.¹¹ Criando um isolamento da “força-de-lei” em relação a própria lei. Ou seja, a lei é válida, está em vigor, contudo, não é aplicada, porquanto, de forma paralela, os atos sem valor legal contraem “força legal”.

Neste diapasão, Schmitt defende que o estado de exceção, ou a “democracia homogênea” é essencial para a soberania, cabendo ao soberano decidir sobre o estado de exceção¹². Sendo Hobbes e Bodin os alicerces da teoria política do autor.¹³

Isso porque, nos momentos de “crise institucional”, cabe ao soberano o poder de decisão, e não a lei. Deixando claro em sua obra que “*a normalidade não explica nada, a exceção explica tudo*”¹⁴. É dizer que a exceção cumpre provar que a decisão pode não ser deduzida do mero conteúdo da norma, fazendo parte, ela própria, do conceito de soberania¹⁵. Deste modo, a ordem jurídica repousa “*em uma decisão e não em uma norma*”.¹⁶ Vejamos:

⁹AGAMBEN, Giorgio, 1942. *Estado de exceção*: tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹⁰ SAINT-BONNET, F. *L'état d'exception*. Paris, PUF, 2001, p. 28.

¹¹ AGAMBEN, Giorgio, 1942. *Estado de exceção*: tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.46.

¹² SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹³ SCHMITT, Carl, 1888–1985. *[Verfassungslehre. English] Constitutional theory / translated and edited by Jeffrey Seitzer*. United States: Duke University Press, 2008.

¹⁴ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁵ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente*: introdução a uma teoria constitucional no século XXI. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 77.

¹⁶ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 18.

Conforme al principio orgánico de la distribución del poder de la Teoría Constitucional clásica era claro que, a cada uno de los poderes del Estado – Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, la venía asignada una función distinta. En ese contexto, entiende SCHMITT, la nota definidora de la Función Judicial no es otra cosa que la decisión de «casos» en virtud de «leyes», y no la discusión del contenido de las normas. «Es propio de la naturaleza de la decisión judicial –escribe- que pueda ser derivada materialmente de la norma que le sirve de fundamento [...] Cuando la norma se vacía de contenido y deja de hacer posible la subsunción fáctica [...] desaparece la base de una posible forma judicial.¹⁷

Por essa ótica, a época¹⁸, enxerga-se Carl Schmitt como opositor a Constituição de Weimar, haja vista que no corpo da carta magna, havia uma série de dispositivos que não discorriam sobre decisão política, o que acabava por prejudicar a construção de uma comunidade nacional homogênea. Deste modo, suas principais críticas se pautavam (i) na noção de soberania como poder de decidir na ocorrência de estado de exceção e (ii) na crença em que a vontade do povo apenas teria relevância se fosse representada por sua totalidade (homogeneidade).¹⁹

Logo, para Schmitt, a vontade do povo, qual seja o pluralismo, era visto como grave perigo para vontade estatal, como aponta Karl Loewenstein:

E igual ocurre con el pluralismo que Schmitt (la defensa de la constitución. 193 I, p. 89) consideró como un grave peligro para la formación de la voluntad estatal, mientras que en Loewenstein es fundamento y garantía de la democracia constitucional (Teoría, cap. XII), lo cual no le impide ver la necesidad absoluta de regular dichas fuerzas pluralistas, dando lugar esto a uno de los más interesantes apartados de la Teoría.²⁰

O Estado, para Schmitt deveria ser um “Estado Total”, com força e autoridade suficientes para agir de forma célere e eficiente em momentos de crise. Propondo um Estado Total Qualitativo, no qual era autoritário no domínio político, fazendo-se garantir a unidade em detrimento do pluralismo.²¹ Schmitt acredita que a pluralidade de partidos políticos fragmentava a vontade popular e enfraquecia a legitimidade política, sendo a constituição a principal manifestação de vontade política.²²

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Constituição de Weimar, aprovada em 31 de julho de 1919.

¹⁹ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente: introdução a uma teoria constitucional no século XXI*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 70.

²⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Editorial Ariel, 1975, p. 596.

²¹ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente: introdução a uma teoria constitucional no século XXI*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 80.

²² SCHMITT, Carl, 1888–1985. *[Verfassungslehre. English] Constitutional theory / translated and edited by Jeffrey Seitzer*. United States: Duke University Press, 2008, p. 46.

Entretanto, para o autor, a constituição não pode ser uma barreira para a soberania e para o desenvolvimento da nação. Sendo então mandatório socorrer-se à uma autoridade soberana que detinha o poder de decisão.²³

Carl Schmitt também assevera que o modelo ideal para uma constituição é o conceito positivo de constituição, onde ser pauta pela decisão total sobre o modo e forma de unidade política.²⁴

O decisionismo então é um conceito central na teoria de Carl Schmitt que faz preeminente para a compreensão de soberania, estado de exceção e relação entre a norma e o direito. Cabe ao soberano decidir sobre a soberania e o estado de exceção, sobre o “amigo” e o “inimigo”. Por conseguinte, a decisão precede a racionalidade da norma, ao ponto que a decisão sobre a exceção não pode ser, ao todo, deduzida do conteúdo de uma norma geral. A decisão então é indispensável para manutenção da ordem jurídica.

A decisão soberana institui a constituição e delinea o âmbito jurídico, tendo esta por característica principal distinguir “amigos e inimigos” com o fulcro de concretizar a unidade e homogeneidade que o autor considera indispensável para a implementação do governo.²⁵ Assim, a unidade que reside a soberania, é a mesma que decide sobre a distinção entre “amigo e inimigo”.²⁶

Nesta esteira, o inimigo político²⁷ não precisa ser cruel, disforme, opositor econômico.²⁸ Basta que este seja diferente e “estranho”:

The specific political distinction that is the basis for all activity and impulses is the distinction between friend and enemy. It provides one with a definition but in the sense of a criterion rather than something definitive or substantive (...) The point of the distinction between friend and enemy is to denote the highest possible intensity of a union or separation, of an association or dissociation. It can exist theoretically and practically without at same time

²³ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: A biopolítica dos autos de resistência*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 70.

²⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Editorial Ariel, 1975, p. 593.

²⁵ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente: introdução a uma teoria constitucional no século XXI*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 70.

²⁶ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: A biopolítica dos autos de resistência*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 30.

²⁷ O Direito Público das repúblicas gregas os conhecia como *polemios*, já o Direito Público romano, por *hostis*.

²⁸ Toda contraposição religiosa, moral, econômica, ou de outra categoria transforma-se em uma contraposição política quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente amigos e inimigos - SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do Partisan*. Carl Schmitt; Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 39.

having to bring into play any other distinction like the moral, the aesthetic, or the economic. The political enemy need not be morally evil or aesthetically ugly; he does not have to make an appearance as an economic competitor, and it can even be advantageous to do business with him. However, he is the other, the stranger. It suffices for his being that he is some specially intensive sense something existentially different and strange, so that in the extreme case conflicts with him are possible which cannot be decided by some predetermined general norm or by the pronouncement of some ‘disinterested’ and thus ‘unpartisan’ party”.²⁹

O Estado então possui o poder de definir em quem se enquadra em amigo ou o inimigo, designa a estes uma profunda ligação ou separação,³⁰ sendo o inimigo verdadeiro oponente político. Tendo o Estado dever de combatê-lo, haja vista que este último tem como objetivo produzir dentro de seu território uma pacificação completa, para que assim vigore o direito, justificando-se o estado de exceção para manter a “paz social”. Sobretudo produzindo “tranquilidade, segurança e ordem”³¹.

Carl Schmitt, então, reconhece que declaração de guerra é pressuposto da pacificação, relacionada a criação de um inimigo (ou de uma inimidade)³² para que se torne o estado “*uma unidade política organizada, internamente pacificada, fechada territorialmente em si e impenetrável para estranhos*”.³³

O Estado, enquanto unidade política, concentra-se em si mesmo a competência da possibilidade de fazer guerra e dispor abertamente sobre a vida das pessoas. Abrindo-se ainda, através do *jus belli*, a dupla possibilidade de “*exigir de membros do próprio povo prontidão para morrer e prontidão para matar, e matar pessoas do lado do inimigo*”.³⁴

Cumprе ressaltar que, além do “inimigo externo”, o autor cita também a figura do “inimigo interno”, que também devem ser controlados em razão da unidade política e necessidade de pacificação intraestatal. Estes inimigos podem ser definidos como rigorosos ou mais suaves, implícitos e explícitos, criminosos ou não.³⁵

Para Hobbes, não é a gravidade abstrata do delito que define o inimigo, mas sim sua resistência (contraposição) ao soberano. Podendo legalmente o soberano, em caso de insubordinação do súdito, por atos, palavras, ou de qualquer outro modo, fazê-lo sofrer o

²⁹ DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 47.

³⁰ SCHMITT, Carl. *O conceito do político: Teoria do Partisan*. Carl Schmitt; Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³¹ Ibid., p. 49.

³² FILHO, Orlando Zaccone D’Elia. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*.

³³ SCHMITT, Carl. *O conceito do político: Teoria do Partisan*. Carl Schmitt; Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 49.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

que bem entender.³⁶ Assim, o poder absoluto do soberano, constituído no *Laviatã*, coíbe o súdito a resistir aos comandos do soberano, haja vista que, uma vez constatada tal resistência, a consequência lógica deste ato é retornar ao estado de guerra. Com isso, define-se o inimigo como aquele que se torna estanho ao sair do contrato por meio de seu próprio ato de resistência.³⁷

Hobbes então idealiza que o soberano necessita ser mais poderoso que as demais forças econômico, político e militares, onde a lei é imposta violentamente pelo monarca sobre uma suposta “violência generalizada”. Deste modo, para o autor, violência, ordem social e atuação estatal estão intrinsecamente interligadas, estando a força do monarca acima da ordem legal e do estado civil.

Deste modo, internamente, o soberano elimina os poderes que lhe são contrários, e, externamente, decide, em relativa igualdade com outros soberanos, a declaração de guerra ou de paz.³⁸

Isso significa dizer que a ordem social surge da imposição de uma autoridade central que detém o poder e pode lançar mão da violência para manter a paz e a segurança. Neste contexto, a violência estatal é justificada como necessária para manter a ordem, mesmo que isso implique em violações de direitos.

Portanto, a violência não é apenas uma ameaça à ordem social, mas também é instrumento do Estado para garanti-la³⁹. Sendo certo que o Estado de Exceção está ligado a soberania, a guerra civil, conflitos internos e “necessidade”, sendo tanto uma suspensão do direito, quanto essencialmente um mecanismo pelo qual a lei ou a norma se relaciona com a vida e a violência.

Nesta conjuntura, de acordo com Agamben, as principais características do Estado de Exceção “schmittiano”, são: (i) Suspensão da ordem jurídica, podendo ser esta total ou parcial, que não necessariamente significa a revogação ou cancelamento das leis, mas sim, a suspensão da sua aplicabilidade; (ii) Paradoxo jurídico, haja vista que o Estado de Exceção não se agasalha nas categorias tradicionais do direito, é a forma legal daquilo que não tem forma, é o desequilíbrio entre o direito público e o fato político; (iii) Poder

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

³⁸ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente: introdução a uma teoria constitucional no século XXI*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 71.

³⁹ AMARAL, Antônio José de Azevedo, 1938. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. São Paulo: Poeteiro Editor Digital, 2014.

na mão do soberano, para Schmitt, o soberano “decide sobre o Estado de Exceção”, estando estes intrinsecamente ligados; (iv) Guerra civil, conflitos internos e uso da violência para eliminação de “inimigos” internos ou externos; (v) Necessidade como fundamento, onde a premissa da necessidade é utilizada como justificativa para a implementação ou perpetuação do Estado de Exceção (*necessitas legem non habet*), sendo certo que esta necessidade pode tanto ser constatada como o não reconhecimento da lei vigente (legitimidade), ou como a criação de novo instituto legal próprio.⁴⁰

Alerta também Giorgio Agamben para a criação de um Estado de Exceção, ou também chamado de Estado de sítio, permanente nos Estados Contemporâneos. O Estado de emergência permanente vem se tornando comum, onde, muitas das vezes, a exceção acaba por se tornar regra. Como exemplo, o autor cita o Terceiro Reich, que pode ser considerado um Estado de Exceção que durou doze anos.⁴¹

Assim, a criação voluntária de um Estado de emergência permanente, ainda que não declarado, se tornou prática corriqueira, e, essencial, dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles intitulados democráticos.⁴²

Noutro giro, Walter Benjamin, sustenta que o soberano não é apenas aquele que tem o poder de governar, criar leis, ou até decidir sobre o estado de exceção, mas também aquele que exerce a violência ou o poder de violência, para instituir (violência criadora) ou manter (violência conservadora) o direito.⁴³ Entendimento neste sentido também exposto por Schmitt na obra *Teologia Política*, onde este último afirma que “a figura do soberano pode ser encarnada por agentes estatais que representam o soberano na decisão sobre a exceção, como o cientista, o médico.”⁴⁴

Para Benjamin, o direito não surge de um contrato social racional ou de princípios morais universais, mas sim da violência. Assevera o autor que a violência é o alicerce da instauração de novas ordens jurídicas, onde o direito positivo é criado a partir da história das relações de poder, ao ponto que a criação da lei é a criação do poder, por meio do que ele intitula de violência criadora. Vejamos:

La función de la violencia en la creación jurídica es, en efecto, doble en el sentido de que la creación jurídica, si bien persigue lo que es instaurado como

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio, 1942. *Estado de exceção*: tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴¹ Ibid., p. 13.

⁴² Ibid., p. 13.

⁴³ Ibid., p. 39.

⁴⁴ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: A biopolítica dos autos de resistência*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 142.

derecho, como fin, con la violencia como medio, sin embargo – en el ato de fundar como derecho el fin perseguido – no depone en modo alguno la violencia, sino que sólo ahora hace de ella en sentido estricto, es decir inmediatamente, violencia creadora de derecho, en cuanto instaura como derecho, con el nombre de poder, no ya un fin inmune e independiente de la violencia, sino íntima y necesariamente ligado a ésta. Creación de derecho es creación de poder.⁴⁵

Assim, o ato de instituir o direito é um ato de violência e de estabelecimento do poder, não sendo possível separá-lo da violência que o originou.

Por outro lado, a violência conservadora tem a função de garantir a ordem jurídica existente e assegurar a sua continuidade, preservando as leis e o poder estabelecido.⁴⁶

Assevera Benjamin que o Estado tem o monopólio da violência, haja vista que a violência sob as mãos dos indivíduos representa real ameaça a ordem jurídica. Neste diapasão, é almejado pelo Estado Contemporâneo o monopólio da violência, retirando-a das mãos do povo e concentrando-o nas mãos do Estado.⁴⁷

No mesmo sentido, Amaral, aponta que são características do Estado Autoritário: (i) Repressão e Controle social, sendo estes essenciais a manutenção de um regime autoritário, lançando-se mão da “vigilância” e “punição” como ferramentas do poder; (ii) Centralização do poder nas mãos de uma liderança ou em um pequeno grupo, de modo que as decisões que regem o Estado são tomadas de forma arbitrária e sem participação popular; (iii) Deslegitimação e desmoralização da oposição, por meio de propagandas e manipulação da informação, com fulcro de moldar a opinião pública; (iv) Censura e manipulação da informação, a fim de manter a sua legitimidade e reprimir a oposição, sendo a mídia usada como ferramenta de propaganda; (v) Corrupção e abuso de poder, haja vista que a corrupção se torna uma característica do sistema, sendo o poder, muitas das vezes utilizados para o próprio benefício do governante, ou seja, a corrupção e abuso de poder são endêmicos em Estados Autoritários; (vi) Estado de Exceção permanente, sendo arguidos a defesa e estabilidade da ordem para justificar suas ações, ainda que isto signifique a supressão de garantias e direitos individuais; (vii) Uso da força e da violência, onde, a violência é corriqueiramente utilizada como método reiterado para manter o poder e suprimir toda qualquer dissídio, visando os atos e força suprimir até o menor tipo de oposição; (viii) A supressão de liberdades individuais, especialmente a de expressão, manifestação e reunião também são fulcrais para manter girando a engrenagem

⁴⁵ BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Traducido del inglés por Héctor A. Murena. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1995, p. 38-39.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 18.

autoritária; (ix) Uso do Exército e Forças de Segurança também são fulcrais para manutenção do poder, da ordem e na repressão de aversos ao Estado; (x) Por fim, a cultura do medo e da intimidação é empregada como meio de controle social, como também com objetivo de silenciar os opositores.⁴⁸

Vale nota, que os regimes autoritários variam em termos de liderança (monárquica, militar, civil) e instituição (partido político, monarca, junta). Cabendo destacar que esse tipo de variação influencia o tipo de constituição a ser adotado pelo Estado. A constituição então, pode ajudar um regime autoritário a se consolidar no poder, prolongar sua existência, e, ainda, proteger seus interesses, dando, inclusive, aparência de legitimidade, interna e/ou externa aos atos do soberano.⁴⁹ Isso porque, em regimes não democráticos, “a vontade do soberano também é a vontade do Estado”, haja vista que este que tem o controle final e eficaz do governo, que decide “quem ou o que”.⁵⁰

Tudo isso, acaba por historicamente gerar um “*ciclo de violência*”, onde a violência criadora/fundadora tende a se transformar ao longo do tempo em violência conservadora. Já que, o poder instaurado, para se consolidar, e, para se manter, lança mão da violência para preservar o status quo, até que novas forças violentas venham a pôr em xeque a ordem estabelecida e instaurar uma nova ordem, gerando a decadência da ordem anterior⁵¹. Aplicando-se a violência em toda relação de direito, até nas mais simples.

Tendo em vista que, para Benjamin, o soberano é aquele que exerce a violência ou o poder de violência para instituir ou manter o Estado. Desta feita, assevera o autor que, polícia, de modo geral, exercer o poder por meio do uso da força e da violência. Para o autor a polícia tem em suas mãos a possibilidade do uso da violência tanto para fundar, quanto para conservar o poder, reunindo a polícia moderna os poderes legislativo e executivo, ou até, em casos mais severos, faz participar de todos os poderes do Estado, dependendo da ambiguidade de seu papel e de sua colocação institucional.⁵²

⁴⁸ AMARAL, António José de Azevedo, 1938. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. São Paulo: Poeteiro Editor Digital. 2014.

⁴⁹ GINSBURG, Tom; SIMPER, Alberto. *Constitutions in authoritarian regimes*. Chicago: Cambridge University Press. 2014.

⁵⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*. Roberto Mangabeira Unger; Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 253

⁵¹ BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Traducido del inglés por Héctor A. Murena. Buenos Aires: Editorial Leviatán 1995, p. 45.

⁵² BENJAMIN, Walter. *Crítica à Violência, Crítica ao Poder*. In: Revista Espaço Acadêmico, Ano II, nº 21. Disponível na Internet: http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc_benjamin.htm

Não por outro motivo, Souza e Sampaio, definiu o “*direito da polícia como “a autoridade que os príncipes têm para estabelecerem e promover os meios e subsídios que facilitem e promovam a observância de suas leis.”*”⁵³

Ocorre que, o poder de polícia, diferente das da lei e das decisões judiciais que as aplicam, o exercício do direito ou do poder pela polícia não encontra nada substancial, sendo “*espectral, elusiva e difusa*” e, todos os estados civilizados. Em outras palavras, seu poder não tem forma, assim como a sua presença.⁵⁴

Outro grande problema se dá em razão de que exercício do poder e violência pelas forças policiais se externaliza através de intervenções por “razões de segurança”, onde supostamente não mais se pode garantir a ordem jurídica por outro modo, agindo a polícia sem qualquer referência a fins jurídicos.⁵⁵

Deste modo, a discricionariedade da atividade policial, permite que o agente de polícia, nas palavras do ilustre professor Taiguara Libano, “*na ponta de lança do monopólio da coerção legítima*”⁵⁶, tomando para si o papel de acusar, processar, torturar e até executar sumariamente àqueles considerados como “inimigos”.

Assim, é comum que regimes autoritários frequentemente construam narrativas que identificam grupos específicos como “inimigos do Estado”, a fim de conduzir certa legitimação da repressão e discriminação desses grupos. Sendo certo que esta estratégia pode incluir a criminalização de movimentos sociais, a perseguição a minorias étnicas ou religiosas e, por óbvio, a estigmatização de todo e qualquer opositor político, alçando, ao fim a permissibilidade do poder punitivo de ceifar certas categorias por via do cenário de “crise permanente”.⁵⁷

A teoria de Schmitt também dá azo a criação de teorias que remontam, ainda nos dias de hoje, contextos autoritários que conduzem, muitas das vezes, a verdadeiro “racismo científico”, ensejando a supressão de direitos e garantias fundamentais a aqueles declarados “inimigos do Estado”. Como exemplo, não há dúvidas que a polarização entre

⁵³ SOUZA E SAMPAIO, Francisco C, de. *Preleções do Direito Pátrio, Público e Particular*. Coimbra, 1792, reproduzido em Hespanha, Antônio Manuel, Poder e Instituição na Europa do Antigo Regime, Lisboa, 1984, ed. Fund. C. Gulhemkian, p. 395ss

⁵⁴ BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Traducido del inglés por Héctor A. Murena. Buenos Aires: Editorial Leviatán 1995, p. 26.

⁵⁵ BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Traducido del inglés por Héctor A. Murena. Buenos Aires: Editorial Leviatán 1995, p. 26.

⁵⁶ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: A biopolítica dos autos de resistência*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 142.

⁵⁷ Ibid., p. 20.

"amigo" e "inimigo" presente na teoria de Schmitt, segundo Zaffaroni, influenciou políticas criminais contemporâneas, como o "Direito Penal do Inimigo" de Gunther Jakobs.⁵⁸

Neste sentido, o inimigo é considerado como não cidadão, não pessoa, e até como não humano. Assim, contra o inimigo tudo se pode para se almejar o objetivo estatal, em verdadeiro "os fins justificam os meios".

Para Jakobs, o inimigo é alguém que se afasta de forma duradoura das normas, não oferecendo garantias de um comportamento pessoal condizente com a vida em sociedade, este passa a ser combatido como inimigo, não como cidadão. Sendo claro o autor que o Direito Penal do Inimigo não se dirige a "pessoas", mas sim contra indivíduos perigosos.⁵⁹ Com isso, o direito penal do inimigo seria uma espécie de reação do ordenamento jurídico a crimes graves, caracterizada pela antecipação da punibilidade, diminuição de garantias processuais penais, e aplicação de penas desproporcionais.

Neste contexto, o Estado pode considerar como "inimigos" aqueles que, por meio de sua conduta, danificam ou geram riscos a vigência da norma, e, portanto, devem ser destruídos.⁶⁰

Enquadra-se então o inimigo como *Homo Sacer*, ou seja, aquele que pode ser morto, sacrificado em nome da segurança coletiva, aquele que pode ser morto sem que se configure o crime de homicídio. Sendo estes excluídos ou parcialmente excluídos da proteção da lei. É dizer que "na guerra contra o inimigo" e com a necessidade de "eliminação do perigo", a vida de certos indivíduos tem menos valor e a violência contra elas se torne legítima.⁶¹

A teoria de Carl Schmitt foi – e ainda é – alvo de diversas críticas, especialmente em de o autor ter colaborado com regime nazista, escrevendo, inclusive, alguns ensaios em apoio as políticas do regime autoritário, como "*Night of Long Knives*" e "*Serving on the Prussian State Council under Hermann Goering*". Não é só, após a guerra, Schmitt

⁵⁸ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: A biopolítica dos autos de resistência*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 145.

⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 89-90.

se recusou a participar do processo de “desnazificação” ou admitir qualquer culpa em relação às ações do referido regime.⁶²

Isso porque a ascensão de Hitler ao poder na Alemanha (Reich Alemão 1933-1943, Grande Reich Alemão 1942-1945) ocorreu em virtude da “Grande Depressão”, contexto de crise econômica e política, onde, por via das ideias schmittianas, adotaram-se condutas inerentes ao Estado de Exceção, como a intervenção do Poder Executivo na economia e nas forças armadas, bem como a quase absoluta exclusão do parlamento, dissolvido por diversas vezes. Conduzindo Hitler e o Partido Nacional-Socialista ao poder.

3. O PRIMADO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Evidente que os pensamentos Schmittianos conduziram, e, ainda conduzem, a ideias totalitárias, que se proliferam, total ou parcialmente, inclusive em regimes ditos ou definidos como democráticos.

Neste sentido, Agamben critica a teoria do Estado de Exceção, alertando, especialmente ao (i) risco de totalitarismo, ou seja, a suspensão de direitos e a concentração de poder nas mãos do soberano, o que caminha a passos largos para a instalação ou manutenção de regimes autoritários ou totalitários; (ii) violação de direitos e garantias fundamentais, onde, o Estado de Exceção justifica, com “aparência de legitimidade” a violação de direitos humanos, como a realização de prisão arbitrária, a tortura e a execução extrajudicial; (iii) A deslegitimação do direito, haja vista que a suspensão frequente do direito poderia acarretar sua deslegitimação, enfraquecendo o Estado de Direito.

Agamben ainda alerta, a criação voluntária de uma Estado de Emergência permanente, ainda que não declarado de forma expressa, se tornou prática corriqueira – e essencial – dos Estados contemporâneos, incluindo aqueles que se intitulam democráticos.⁶³

Por sua vez, Ferrajoli aborda o tema na ótica do direito penal e processual penal de exceção:

⁶² SCHMITT, Carl, 1888–1985. [*Verfassungslehre. English*] *Constitutional theory / translated and edited by Jeffrey Seitzer. United States*: Duke University Press, 2008, p.1.

⁶³ AGAMBEN, Giorgio, 1942. *Estado de exceção*; tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.40.

Esta concessão da emergência outra coisa não é que a idéia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada. *Salus rei publica suprema lex*: 1 a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do "direito de emergência" (Grundnorm), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação. A exceção, de outra parte, forma por si só a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda a prática judiciária conscientemente disforme às regras ordinárias.

As práticas, de fato, todas as vezes obstaculizadas por impasses legais e garantistas, são sempre vistas com sentimento de exceção, isto é, com a idéia de que, no caso concreto, tanto mais se política ou socialmente grave e alarmante, é "excepcional" em relação à regra. "*In atrocibus leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi*", foi a máxima de Claro que ainda hoje pode servir de epígrafe a toda e qualquer doutrina penal de emergência. "Direito penal de exceção", de fato, designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada.

(...)

Certamente as leis de emergência alargaram de maneira enorme o poder jurisdicional de disposição, legitimando arbítrios e abusos.

Nesta esteira, também pode-se observar em regimes autocratas representam um repertório amplo de ideologias políticas dominantes no processo de dominação do poder, notando-se entre outros, valores como minorias-elite (timocrático), proletário, racial, corporativo, de "legitimação mágica", todos eles caracterizados por negar o princípio da igualdade.⁶⁴

Em contraponto ao Estado autoritário/totalitário, o regime democrático, seja ele o presidencialismo, parlamentarismo, democracia direta ou indireta, de direita ou de esquerda, representativa ou deliberativa, se pautam pela soberania popular, onde todo poder emana do povo, representando a vontade popular uma espécie de "poder supremo".⁶⁵

Assim, é ponto fulcral no sistema político democrático que haja eleições livres e justas, nas quais diversas ideologias poderão ser representadas por candidatos e partidos políticos, que tentarão conquistar votos dos eleitores, e, estes últimos, por sua vez, poderão eleger livremente entre as possibilidades que lhes são ofertadas na democracia.⁶⁶ Fazendo com que a participação popular seja imprescindível ao sistema.

⁶⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Editorial Ariel, 1975, p. 32.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid., p. 53.

Para isso, as eleições devem ser periódicas, com voto secreto e universal, garantindo a liberdade de participação política, alternância do poder e o controle popular.⁶⁷

Para além do voto, é importante que os cidadãos tenham o direito de participar da vida política por outros meios, como associações, manifestações e participação em debates públicos.⁶⁸

Deste modo, as decisões são tomadas pela maioria, mas sem que com isso se suprima ou desrespeite direito das minorias.

Contudo, assevera Bercovici, que o poder constituinte do povo é visto por boa parte do pensamento político e constitucional como um “*terrible potere*”⁶⁹, haja vista que, de acordo com Cantaro uma democracia absoluta, tende a se espalhar vieses totalitários, degenerando para a violência, terror e totalitarismo.⁷⁰

Isso faz com que a tolerância e o respeito à diversidade, de modo geral, sejam imprescindíveis para a manutenção do Estado democrático.⁷¹ As ditas “minorias” tem seus direitos respeitados.

Neste sentido, o pluralismo – ideológico, social, político, econômico – que é rechaçado pelos ideais totalitários, passa a ser fulcral em democracias.

Do mesmo modo, não há no que se falar em Estado Democrático de Direito sem a rigorosa observância dos direitos e garantias fundamentais. Os Direitos Humanos, especialmente os direitos de liberdade de opinião, expressão, reunião, associação, de imprensa, de religião, e a presunção de inocência são protegidos e garantidos.

Deve então uma constituição democrática, principalmente, disciplinar as formas de expressão da soberania popular, definindo quem e como decide, e, estabelecendo as competências e os procedimentos referentes ao processo legislativo, bem como também, garantir os direitos fundamentais aos cidadãos, estabelecendo o que deve ou não se deve,

67 “A referência ao voto secreto visa a proteger a liberdade de participação política, que deve estar imune a injunções externas indevidas. A qualificação universal abriga a ideia de igual participação de todos e o caráter periódico reverencia um dos aspectos do ideal democrático-republicano, que é o controle popular e a alternância do poder” - BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.113.

68 Ibid.

69 BERCOVICI, Gilberto. *O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. São Paulo: Lua Nova, 88: 305-325, 2013. p. 308.

70 CANTARO, A. 1994. “*Costituzionalismo versus potere costituente?*”. *Democraziae Diritto*, v.94,n.4/v.95, n.1, p.139-164.

71 SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 181.

assinando vedações legais e obrigações aos poderes do Estado, ao modo de suprimi-lo ou limitá-lo.⁷²

Para baldar o autoritarismo, faz-se necessário nos regimes democráticos que se institua a separação de poderes. Sendo certo que essa divisão dos poderes limita o poder do Estado ao dividir as funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) à órgãos diferentes, impedindo a concentração do poder em um só órgão, ou de um só detentor autocrático.

Para Ferrajoli, a função garantista do direito se resume na limitação do poder, e consequentemente no aumento da liberdade e igualdade de todos.⁷³

A melhor doutrina chama atenção para não se confundir distinção das funções do poder com divisão e separação do poder. A distinção das funções existe em todos os regimes, haja vista que se trata apenas da especialização de tarefas governamentais dada a sua natureza, podendo estas estarem concentradas num órgão apenas ou não. Noutro giro, a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes.⁷⁴

Sobre sistema democrático e separação de poderes, importante colacionar as lições de Karl Loewenstein:

El sistema político de la autocracia se caracteriza por la existencia de un único detentador del poder cuya competencia abarca la función de tomar la decisión política fundamental. así como su ejecución, y que además está libre de cualquier control eficaz. En oposición a esto, el constitucionalismo presenta un sistema político en el cual coexisten diversos e independientes detentadores del poder que cooperan en la formación de la voluntad estatal.

En la ordenación específica de los dispositivos para el interjuego y la coordinación de los diferentes detentadores del poder en la decisión política, la ejecución de dicha decisión y el control político, proceso éste que conduce a la formación de la voluntad estatal, yace el criterio diferenciador de los diversos tipos de gobiernos constitucionales.⁷⁵

O controle do poder é necessário, e com isso, instrui-se nos regimes democráticos um sistema de freios e contrapesos (“*checks and balances*”), que nada mais é que o “controle do poder pelo poder” fundamental para limitação do poder dentro de um Estado.

Ou seja, o sistema de freios e contrapesos se caracteriza por um mecanismo de controle recíproco entre os poderes de modo a proteger os indivíduos em face de um

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689

⁷³ Ibid., p. 746.

⁷⁴ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., 2ª tiragem, 1990, p. 96.

⁷⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Editorial Ariel, 1975, p. 73.

potencial abuso de poder absoluto⁷⁶, impedindo a concentração excessiva de poder em um único órgão⁷⁷. A ideia central é que os diferentes poderes (executivo, legislativo e judiciário) controlem uns aos outros.

Esses poderes são, ao mesmo tempo, independentes e harmônicos entre si, uma vez que, mesmo que possuam funções distintas e sejam independentes, devem, ao mesmo, tempo realizar uma controle mútuo de suas funções, possuindo esses órgãos, inclusive, funções, típicas e atípicas para a plenitude deste exercício devendo sempre serem observadas a lei e o devido processo legal.

A análise do mecanismo de vigilância e controle do poder é ponto indispensável para compreensão do processo político e do tipo de governo que se está enfrentando.⁷⁸

O governo então deve ser transparente em suas ações e decisões, carecendo que seus agentes públicos sejam responsabilizados pelos seus atos que porventura sejam ilegais ou abusivos, sendo certo que também comete ato ilícito aquele detentor ou titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social.

Por fim, o regime democrático se baseia no Estado de Direito. Significa dizer que o poder é limitado pela lei⁷⁹, e todos, incluindo o próprio governo, ou aquele que exercer o poder, estão sujeitos a ela, implicando em um sistema jurídico que garante a igualdade perante a lei e a segurança jurídica.⁸⁰

4. CONCLUSÃO

Em que pese na história recente o Brasil e mundo terem sido assolados por regimes totalitários/autoritários, como o Fascismo de Mussolini (Itália - 1922-1943), o Stalinismo (URSS - 1924-1953), o Maoismo (China - 1949-1976), o Salazarismo (Portugal - 1968-1974), o Franquismo (França - 1939-1975), o Nazismo (Alemanha - 1933-1945), e a Ditadura Militar (Brasil - 1964-1985), práticas inerentes a este tipo de governo continuam sendo perpetradas nos dias de hoje, inclusive nos Estados ditos democráticos.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.113.

⁷⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Editorial Ariel, 1975, p. 153.

⁷⁸ Ibid., p. 30.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 746.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais*. *Revista Direito e Práxis*, 2022, p. 4.

Assiste razão Agamben quando este faz um alerta para o risco de criação de um Estado Exceção (Sitio ou Emergência) permanente nos Estados contemporâneos, ainda que declaradamente democráticos⁸¹, onde a exceção acaba por se tornar regra.

A categoria da exceção permanente se materializa pelas seguintes características: (i) Maior influência da decisão política; (ii) Contexto globalizado das relações de poder; (iii) Exploração do medo e da insegurança numa sociedade de risco; (iv) “Alargamento” do poder executivo, como objetivo de “salvar” ou garantir a constitucionalidade da democracia, instituindo assim um governo forte e centralizado; (v) Alteração e/ou suspensão de direitos e liberdades em nome da manutenção do regime ou da “ordem social”; (vi) déficit de representação e participação popular na formação da vontade política dos Estados.⁸²

Sobre o tema, cirurgicamente expõe a I. profa. Vera Malaguti Batista que “o presente estado das coisas nos leva a questionar essa democracia tão letal tão brutal e tão privadora da liberdade.”⁸³

Dinâmicas autoritárias são cotidianamente observadas, especialmente em detrimento dos oprimidos⁸⁴, e/ou, aqueles que o Estado aponta como “inimigo”.

Internalizando a questão, no Brasil contemporâneo, o inimigo é, na severa maioria das vezes, o preto, pobre, e o periférico, muito devido a verdadeiro racismo estrutural, que possui raízes históricas que remontam ao contexto colonial, de herança escravocrata, trazendo consequências hodiernas à seletividade no sistema de justiça criminal.

Neste contexto, o autoritarismo toma forma nos reiterados atos de violência estatal, que além de outras questões, são sem maior esforço observados na violência policial e na prestação jurisdicional em face deste “alvos preferenciais”. Cumprindo ressaltar que, como bem, expõe Benjamin, o soberano não é apenas aquele que tem o poder de governar, criar leis, ou até decidir sobre o estado de exceção, mas também aquele que exerce a violência ou o poder de violência, para instituir (violência criadora) ou manter (violência conservadora) o direito.⁸⁵

⁸¹ AGAMBEN, Giorgio, 1942. *Estado de exceção*: tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13.

⁸² CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente*: introdução a uma teoria constitucional no século XXI. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 107.

⁸³ BATISTA, Vera Malaguti. *Sem Polícia*. In: ACÁCIO, Augusto. *Sem Polícia*.; Vera Malaguti Batista (Org.), 1 ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, p. 99.

⁸⁴ De acordo com a máxima benjaminiana “para os oprimidos o Estado de exceção é regra”.

⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio, 1942. *Estado de exceção*: tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39.

Nesta ótica, todos aqueles que representam o Estado, direta ou indiretamente, que podem lançar mão de violência institucional, podem se enquadrar no conceito benjaminiano de soberano, como agentes de segurança pública, magistrados, médicos do setor público, servidores de modo geral.

No que se refere a prestação jurisdicional, o “*inimigo nº 1*” é maculado por racismo estrutural que permeia o sistema criminal pátrio, e interfere direta e indiretamente nas decisões de prisão e sentenças como um todo, tanto no que se refere à condenação ou absolvição do indivíduo, bem como também no quantum condenatório a ser considerado na pena aplicada.

Tal fato pode ser observado, para além de outras evidências, por mera conta aritmética, haja vista que De acordo com o CENSO 2022, a população brasileira, é composta por: 92.083.286 pardos (45,3 por cento), 88.252.121 brancos (43,5 por cento), 20.656.458 pretos (10,2 por cento), 1.227.642 indígenas (0,6 por cento), e, 850.130 da cor amarela (0,4 por cento), totalizando a população de 203.080.756 pessoas. Em contrapartida, a população carcerária se demonstra na seguinte composição étnico-racial: (i) 297.387 pardos (50,75%), 181.228 brancos (30,93%), 99.758 pretos (17,03%), 6.344 de cor amarela (1,08%), e, 1.226 indígenas (0,21%), totalizando a população carcerária em 585.943 reclusos (não se tem informação sobre cor/raça 8,16%). A partir de mera conta aritmética, com base nos dados supracitados, tem-se que a população brasileira é composta por 55,7% de pretos e pardos, porquanto a população carcerária é composta por 67,77% de pretos e pardos. Ou seja, há um aumento de aproximadamente 20 pontos percentuais da população preta e parda em cárcere. O dado em relação apenas a população preta ainda é mais alarmante, uma vez há, nesse caso, um aumento percentual de aproximadamente 70%.⁸⁶⁸⁷

Cumpra ainda mencionar que os injustos penais que mais levam ao cárcere são os crimes contra o patrimônio, com incidência de 39,93%, seguido de crimes relacionados à Lei de Drogas, com a incidência de 29,29%, delitos estes, que, notadamente são imputados à população negra, pobre e periférica.⁸⁸

⁸⁶ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Identificação étnico-racial da população, por sexo e idade*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3105/cd_2022_etnico_racial.pdf. Acesso em 24 fev. 2024.

⁸⁷ BRASIL. *Relatório Nacional de Informações penais – RELIPEN. 1º semestre 2023*. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública/ Sistema de Informações do Departamento Prisional – SISDEPEN. Disponível: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em 24 fev. 2024.

⁸⁸ Ibid.

Noutro giro, a violência estatal autoritária pode ser observada na dinâmica operativa da polícia, que, não raras as vezes, toma para si o papel de acusar, processar, torturar e até executar sumariamente cidadãos brasileiros que podem, ou não, ter cometido infrações penais.

Isso porque, a polícia brasileira é uma das polícias que possuem o maior índice de letalidade do mundo, acarretando 6.393 vítimas por intervenções policiais apenas no ano de 2023, o que acarreta 17 vítimas por dia, número esse que teve um aumento de 188,9% em relação ao ano de 2013. Sendo importante destacar que a taxa de mortalidade da pessoa negra é 289% superior a taxa de mortalidade verificada entre pessoas brancas.⁸⁹

Não causa espanto que mais de 60% da população brasileira afirme ter medo de sofrer violência policial. Conforme pesquisa conduzida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2024⁹⁰

Extrai-se do Anuário Brasileiro de Segurança Pública que:

Em resumo, os dados de Mortes Decorrentes de Intervenção Policial revelam um cenário preocupante em relação ao padrão de uso da força pelas polícias brasileiras que, considerando as proporções entre tais mortes e as demais categorias que compõem o total de Mortes Violentas Intencionais em várias cidades do país, contraria o argumento utilizado de que as polícias “apenas reagem a injustas agressões dos criminosos”. Se em vários municípios brasileiros as MDIPS representam mais da metade das mortes violentas intencionais, há que se discutir estratégias para que o enfrentamento à violência do crime não seja reprodutor de inequidades raciais, geracionais e de gênero, bem como de situações intermináveis que geram confrontos e mortes.⁹¹

Não é só isso, além do sistemático uso desproporcional da força letal, é enraizado na cultura policial pátria o uso da tortura como método investigativo.⁹²

Neste sentido, a polícia acaba por ser instituição chave na perpetuação da violência institucional, agindo, muitas das vezes, com discricionariedade e uso excessivo da força, muitas vezes acobertadas por “autos de resistência”.

⁸⁹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. p. 68. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 24 fev. 2025.

⁹⁰ DATAFOLHA. *Medo e violência*. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública, PO813920, 21 a 23/06/2017. São Paulo, fev. de 1998. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/datafolha/2017/07/03/b167d1a2f87d7e1364b08e99d0e5147c148da194.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2025

⁹¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. p. 69. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 24 fev. 2025, p. 69

⁹² SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: A biopolítica dos autos de resistência*. Tese (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 155.

A justiça criminal também tem seu papel na retroalimentação da violência Estatal, haja vista que o sistema criminal, promotores e juízes, dão azo a legitimar a violência institucional por meio de decisões que pautam a presunção de legitimidade das ações policiais, mesmo em casos de flagrante execução sumária.

Não há dúvidas que, conforme corretamente expõe Sergio Verani:

“A ação violenta e criminoso do policial encontra legitimação por meio do discurso do Delegado, por meio do discurso do Promotor, por meio do discurso do Juiz. Se as tarefas não estivessem divididas e delimitadas pela atividade funcional, não se saberia qual é a falade um e qual é a fala de outro – porque todos têm a mesma fala, contínua e permanente.”⁹³

A mídia, por seu turno, desempenha proeminente papel na construção de narrativas que dão aparência de legitimidade a ação violenta, com fim a justificar – ou tentar justificar – a violência institucional, disseminando o medo e criminalizando certos grupos.

Não diferente, o sistema prisional se torna um reflexo da violência institucional, possuindo condições desumanas e reforçando ainda mais as violações sistemáticas aos direitos e garantias fundamentais.

O controle da população com fulcro na manutenção do poder por meio da violência estatal nos Estados contemporâneos por meio do sistema criminal parece ter quase que uma fórmula pronta, qual seja: (i) A criação de vasta gama de tipos penais; (ii) O aumento desmedido de pena como política de segurança; (iii) A restrição ou não aplicação das benesses processuais penais para certos tipos de crime; (iv) A banalização de prisões preventivas ou provisórias; (v) A aplicação de penas manifestamente excessivas a àqueles considerados “inimigos” do Estado; (vi) As limitações ou óbices a progressão de regime prisional, ou, ainda, mecanismos de “perpetuação” do cárcere, como aplicação descabida de faltas graves, ou imputações de novos crimes aos internos.

Assim, com a “sensação” de que a ordem social está em risco, cria-se pelos chefes de Estado de todos os níveis e demais instituições (como polícia e órgãos de persecução) um discurso de urgência/emergência, intensificado pela mídia, que visa legitimar respostas rápidas e enérgicas (lê-se emergenciais e brutais) nas quais a violência se tornaria legítima, sempre alegando que esta é indispensável para manutenção da ordem.⁹⁴

⁹³ VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996, p. 136.

⁹⁴ OLIVEIRA, Pedro Rocha de. **Breve história da violência estatal**. Marx e o marxismo. Publicação do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Marx e Marxismo – v.4, n.6, jan./jun. 2016. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016, p. 111-127.

Em outras palavras, é inserido na população o medo da ordem social ficar inoperante, ao ponto de o inimigo triunfar, sendo preciso lançar mão da violência oficial e organizada.

Não há dúvidas então que, ainda em Estados democráticos, ainda nos dias de hoje, é possível observar resquícios do autoritarismo, que continua enraizado nos sistemas políticos contemporâneos.

Destarte, ainda que seja notável sinais de mau funcionamento das instituições e da constituição, o único caminho a se tomar é o fortalecimento e aprimoramento da democracia, até porque, qualquer processo democrático, é, por definição “incompleto, incluso e pede sempre aperfeiçoamento”⁹⁵.

5. REFERÊNCIAS:

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1990.

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

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

AMARAL, António José de Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. São Paulo: Poeteiro Editor Digital, 2014.

BATISTA, Vera Malaguti. Sem polícia. In: ACÁCIO, Augusto (org.). *Sem polícia*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024. p. 99.

BARBOSA, Ruy. *Estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1892.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais. *Revista Direito e Práxis*, 2022.

BENJAMIN, Walter. Crítica à violência, crítica ao poder. *Revista Espaço Acadêmico*, ano II, n. 21. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/021/21tc_benjamin.htm. Acesso em: 24 fev. 2025.

⁹⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 182.

BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica da violência*. Tradução de Héctor A. Murena. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1995.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório Nacional de Informações Penais – RELIPEN*. 1. sem. 2023. Brasília: SISDEPEN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 24 fev. 2024.

CANTARO, Antonio. Costituzionalismo versus potere costituente? *Democrazia e Diritto*, v. 94, n. 4 / v. 95, n. 1, 1994.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção permanente: introdução a uma teoria constitucional no século XXI*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

DATAFOLHA. Medo e violência. Instituto de Pesquisa Datafolha. Opinião Pública, PO813920, 21–23 jun. 2017. São Paulo, 1998. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/datafolha/2017/07/03/b167d1a2f87d7e1364b08e99d0e5147c148da194.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2025.

DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, 2024. p. 68. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 24 fev. 2025.

GINSBURG, Tom; SIMPER, Alberto. *Constitutions in authoritarian regimes*. Chicago: Cambridge University Press, 2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Identificação étnico-racial da população, por sexo e idade*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3105/cd_2022_etnico_racial.pdf. Acesso em: 24 fev. 2024.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Ariel, 1975.

OLIVEIRA, Pedro Rocha de. Breve história da violência estatal. *Marx e o Marxismo*, v. 4, n. 6, jan./jun. 2016, p. 111–127.

SAINT-BONNET, François. *L'état d'exception*. Paris: PUF, 2001.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução e edição de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do partisan*. Coord. Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA E SAMPAIO, Francisco C. de. *Preleções do Direito Pátrio, Público e Particular*. Coimbra, 1792. In: HESPAÑA, António Manuel. *Poder e instituição na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente: a biopolítica dos autos de resistência*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior*. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

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