

O ESTADO PENAL DE EXCEÇÃO PERMANENTE POR INTERMÉDIO DO DECISIONISMO JURÍDICO

Jéssica Ferreira Nunes¹

RESUMO: O escrito percorre pelas teorizações de Carl Schmitt e Giorgio Agamben para firmar as configurações do estado de exceção na ordem jurídica e verificar seus limites, diante de sua concepção como um estado permanente de indeterminação entre democracia e absolutismo. Analisa o inimigo do Estado sob a perspectiva do Estado Penal de guerra, de uma situação excepcional, e, o inimigo social marginalizado, ou aquele que esteja alheio da disputa política. Busca-se evidenciar a crise da democracia, ante o decisionismo (político) jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: Estado de Exceção. Democracia. Soberania. Inimigo.

ABSTRACT: The paper deals with the theorizations of Carl Schmitt and Giorgio Agamben to establish how the state control of the exception in the legal order and its limit, in view of its conception as a permanent state of indetermination between democracy and absolutism. It analyzes the enemy of the state from the perspective of the penal state of war, of an exceptional situation, and, socially marginalized enemy, or where it is alien from the political dispute. It seeks to highlight the crisis of democracy, before legal (political) decisionism.

KEYWORDS: State of Exception. Democracy. Sovereignty. Enemy.

INTRODUÇÃO

A ameaça de um inimigo pode implicar no afastamento necessário do Estado de Direito, sob a justificativa de garantir a sobrevivência do próprio Estado e da coexistência pacífica da sociedade. Ante essa afirmação se busca compreender o fenômeno da exceção, a partir da teorização decisionista de Carl Schmitt e de Giorgio Agamben, que embora assumam posicionamentos distintos quanto aos limites jurídicos do estado de exceção, buscam compreender esse fenômeno no âmbito de uma Teoria Geral do Estado.

Enquanto, Schmitt focaliza sua teoria na noção de soberania e na democracia homogenia, Agamben analisa a exceção como um ponto de desequilíbrio entre o direito público e o fato político. Investiga-se, neste ponto, as possíveis interseções que permitam legitimar a necessidade de um estado de exceção inserido na ordem jurídica, mormente, no Estado Democrático de Direitos.

¹ Graduanda em Direito. Universidade Federal de Alagoas.
jessica.fn@hotmail.com

Seguidamente, percorre-se os limites da situação excepcional, em meio a separação de poderes autônomos, para questionar se o equilíbrio dessa separação prevalece diante do estado de exceção permanente, ou a democracia cede lugar ao estado absoluto, em virtude de um sistema político decisionista de interesses heterogêneos.

De último, ressaltamos a importância de delimitação da figura do inimigo, cuja temática está intimamente imbricada com a da exceção, já que todo estado autoritário e toda medida de exceção apresentam como fundamento e razão a figura do inimigo.

Sob a ótica de a soberania ser evocada sempre como uma exceção, relaciona-se o conceito de inimigo em Schmitt, ao conceito de inimigo estabelecido pelo Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, com o fito de evidenciar quem são os inimigos do Estado, mormente nos periféricos, onde há a universalização de injustiças.

1 INAFASTABILIDADE LEGÍTIMA DA EXCEÇÃO

A sociedade brasileira estabeleceu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um pacto conduzido a um novo modelo de sociedade, constituído sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Esse fundado no desenvolvimento da democracia, designa um sistema de direitos fundamentais com fulcro na justiça social, na igualdade material, e, principalmente, na legalidade.

A partir de então se delimitou “claramente as abstenções dos poderes públicos frente às garantias individuais liberais dos cidadãos, bem como as obrigações de fazer do Estado a fim de satisfazer os direitos sociais de sua população” (COPETTI, 2000. p. 82). O Direito como expressão da soberania do Estado passou a exprimir os valores mais transcendentais da Carta constitucional.

Com efeito, a instalação de um estado de exceção para a manutenção da ordem social e defesa do Estado se faz legítima como garantia da própria democracia. Não olvidando que a democracia está intimamente ligada aos fundamentos constitucionais da República, assim influi do poder emanado do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

A Constituição de 1988 em seus artigos 136 e 137 atribui à exceção duas matizes: o estado de defesa, como medida imprescindível para preservar ou restabelecer a ordem pública ante a ameaça institucional ou a calamidade; e, o estado de sítio, em razão da ineficácia

patente do estado de defesa, ou da declaração de estado de guerra. Justificam-se, portanto, como mecanismos políticos que visam defender o próprio Estado Democrático de Direito.

O conceito de Estado (ou situação) de exceção presente na teoria decisionista de Carl Schmitt, jusfilósofo alemão do século XX, pretende conceber uma definição geral da Teoria do Estado, visto que a exceção, em sentido amplo, não pode porvir da norma abstrata. Logo, a teorização de Schmitt é centrada na noção de soberania como poder de decidir no estado de exceção e na homogeneidade democrática do povo.

Desse modo, segundo Schmitt, apenas diante da excepcionalidade identifica-se o soberano, pois é justamente o “soberano quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006. p. 07), ou seja, o ordenamento fica à disposição do soberano, em razão de uma situação que ameace a unidade política. Em suma, a unidade política é soberana se possui competência para decidir.

Como o estado de exceção acontece nos períodos de crise política, as decisões tomadas pelo soberano são decisões políticas, e não jurídicas. Nada obstante, a situação excepcional difere da anarquia, pois naquela subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. A decisão política, assim antecede a racionalidade de sua normalidade objetiva, ao passo que, Schmitt “se contrapõe ao primado da normatividade como limite e garantia de ordem [...] e advém de um nada normativo que tem no conflito sua premissa da própria efetividade, apresentando um caráter eminentemente político” (FERREIRA, 2004. p. 98).

A propósito, direitos fundamentais podem ser suspensos em razão do estado de exceção, também “se suspendem simultaneamente, por determinado período de tempo, a primazia da lei e, conseqüentemente, o Estado legiferante ou o próprio núcleo da Constituição” (SCHMITT, 2007. p. 78).

Nessa lógica, a construção do conceito de democracia perpassa por situações que implicam a imposição de uma autoridade absoluta, determinada pela vontade do povo. Isto é, o poder do soberano é plebiscitário, por se revestir de legitimidade através da soberania popular. Então, Schmitt propõe uma soberania do Poder Executivo, e não do Poder Legislativo, pois os partidos e o sistema parlamentar atendem apenas aos interesses de uma fração da sociedade, sendo dessa forma um obstáculo para realização integral da democracia homogenia. Ao criticar o pluralismo democrático, Schmitt afirma que esse sistema é incompatível com a legalidade do Estado. No entanto, o Estado de Schmitt, “ainda que concebido em acordo com sua teoria da soberania e do guardião da constituição, não é, a toda

evidência, um Estado totalitário, embora total nos termos da teoria das ordens concretas” (SCHMITT, 2007. p. 16).

Cumprir consignar que Schmitt também nega ao Poder Judiciário a atribuição de guarda da Constituição², sendo esta incumbência tão só do Presidente (do Reich), a este caberia efetuar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Posto que, entende o teórico que todo ato de constatação de inconstitucionalidade de uma lei tem feição política. Ao Poder Judiciário, portanto, caberia a exegese legal, já que se decidir politicamente está em oposição com sua própria natureza.

Por conseguinte, o fundamento da democracia reside na identidade e na homogeneidade do povo, sendo a igualdade substancial o princípio autenticamente democrático, e não a liberdade. Entretanto, “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” (BERCOVICI, 2004. p. 79) do Estado.

Vale dizer que segundo Schmitt, o Estado neutro (liberal) mantinha o monopólio do político, encontrando-se separado e acima da sociedade, mas as amplitudes do sufrágio e da democracia cessaram essa separação, uma vez que o Estado passou a ser auto-organizado pela sociedade. De tal modo, todos os problemas sociais e econômicos passam a ser estatais.

A crise no terreno da aplicação da lei (efetividade social) evidencia a ficção da constituição formal e a vulnerabilidade do Estado Democrático de Direito. Por isso, o ordenamento jurídico deve funcionar em conjunto com o estado de exceção, posto que é invariavelmente ratificado pela exceção.

Se o objetivo do Estado é produzir dentro de seu território uma pacificação completa, sendo pressuposto necessário para a vigência do Direito, “o estado de exceção não pode ser limitado, a não ser que a unidade política deixe de existir” (BERCOVICI, 2004. p. 66).

A questão primordial para Schmitt era demarcar a convergência entre ordem fática e ordenamento jurídico. Em vista disso, Schmitt “não está preocupado em desenvolver uma teoria da soberania, mas sim em construir um fundamento concreto de uma ordem normativa abstrata” (FERREIRA, 2004. p. 105).

Por sua vez, o filósofo italiano, Giorgio Agamben ao examinar as implicações do estado de exceção na integridade do Estado, infere que Schmitt queria inserir a exceção na ordem jurídica, por meio da soberania. Demais disso, conceitua a exceção como “um ponto de

² Em sua obra intitulada de “O guardião da Constituição”.

desequilíbrio entre o direito público e o fato político, a situar-se numa franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político” (AGAMBEN, 2004. p. 11).

Embora, a exceção não esteja inserida no Direito, ela traz em si uma ordem, ainda que não jurídica, através de medidas que ocasionam a suspensão (total ou parcial) do Direito. Nada obstante, interroga Agamben: “Como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica?” (AGAMBEN, 2004. p. 39). Conclui, então, que, em seu sentido formal, a exceção é um espaço jurídico vazio.

Ao “apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal” (AGAMBEN, 2004. p. 48), a exceção não gera uma resposta a uma lacuna normativa, por suspender o ordenamento vigente.

Como um instrumento que combate uma necessidade temporária, ainda que decorra da teorização do direito público da tradição democrática, afasta o aspecto normativo do Direito, mediante coação governamental. Deste modo, para Agamben, somente no totalitarismo, a exceção fomenta um conteúdo aparente de legalidade. Aqui, Agamben não nega os valores democráticos, contudo, denuncia que a perspectiva política de democracia puramente formal acaba por convergir regimes em tese antagônicos, pelos claros limites do Estado de Direito para alcançar suas promessas constitucionais.

Nesse sentido, o estado de exceção é hodiernamente um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. [Portanto], pode ser ilegal, mas é jurídico e constitucionalmente perfeito, concretizando-se a partir de novas regras” (AGAMBEN, 2004. p. 12). É adotado inclusive pelas democracias modernas, provocando transformações estruturais em suas constituições, e podendo resultar na degradação do Poder Legislativo, o que permite o ativismo judicial.

Há de se observar que Agamben não exclui de sua apreciação o poder soberano e a soberania, cujo alicerce implica na vida nua da esfera política, ao passo que a relação política originária é o bando, que nasce na zona de exceção e identifica o sujeito que recebe o impacto do poder como *homo sacer*, figura do Direito Romano antigo. O *homo sacer* diante do direito é compreendido apenas por sua matabilidade, ou seja, é insacraficável, porém matável impunemente, pois a lógica soberana promove sua exclusão da comunidade humana.

O campo, modelo da dominação biopolítica, é o lócus onde o poder soberano não tem correspondência com a vida política qualificada, mas com a vida nua, porque, o campo é a consolidação do estado de exceção. Em verdade, quando o estado de exceção se confunde

com a regra, nasce o campo, o que Agamben denomina de “estado de exceção desejado”. O espaço absoluto de exceção instrumentaliza o Direito pelas forças dominantes na vida social.

Na concepção de biopolítica a vida natural é englobada pelos instrumentos estatais, uma vez que o “homem moderno não é um simples animal vivente capaz de uma existência política, mas um ser para quem a política é inerente, pois nela está em questão sua própria vivência” (AGAMBEN, 2010. p. 115). Entretanto, no paradigma da política contemporânea não é a pólis, mas o campo que passa a ser o mecanismo de poder e controle social, seja em relação à política externa, ou interna, em razão da propagação e permanência da exceção.

Esse fenômeno político-jurídico é formado por dois elementos heterogêneos coordenados, quais sejam, o elemento jurídico (potestas) e o elemento metajurídico (auctoritas). O elemento jurídico necessita do elemento metajurídico para ser aplicado. Esse último, por sua vez, só pode se afirmar em uma relação de validação ou de suspensão do primeiro. Por isso, o estado de exceção deve, em última instância, articular e instituir um limiar de indeterminação entre auctoritas e potestas, já que o sistema jurídico converte-se em uma máquina letal (AGAMBEN, 2004. p. 130-131).

Elucidando a lógica de Schmitt de que o soberano está ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico, Agamben entende que o estado de exceção é uma zona cinzenta entre o político e o jurídico, entre a norma e o vivente. Portanto, a exceção é uma tendência incorrigível do Estado moderno em fazer da exceção a regra. Pode-se, assim, entender que o estado de exceção estabelece uma relação dialética entre norma e anomia, visto que embora represente a suspensão do Direito, é também a condição de sua existência.

2 LIMITES A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

O totalitarismo moderno pode ser visto como um vírus incutido dentro Estado Democrático de Direito globalizado, na interpretação de Agamben. Isso, porque, o estado de exceção ao se apresentar como indispensável à superação de problemas de segurança interna ou externa, e também de ordem social e econômica, se reveste de legalidade. Deste modo, o Estado de exceção se propaga impulsionando à quebra da divisão de poderes para um Estado Soberano.

Os regimes presidencialistas da América Latina, que, possuem uma grande massa marginalizada se fundam na separação dos poderes e no sistema de freio e contrapesos, em que cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, mas, este poder deve ser

controlado pelos outros poderes, sendo então independentes e harmônicos entre si. A ideia central é a separação através do equilíbrio. Com isto, entende-se que só o poder controla o poder. Inobstante, inexistiu uma separação pura, ante dois elementos adicionais: o sistema eleitoral com interesses heterogêneos, e, a possibilidade de cada poder vetar decisões do outro, na ausência de acordo.

No que toca o sistema eleitoral, a inclusão do Senado como segunda Câmara Legislativa, por alguns países, buscou sanar o problema de representatividade. Entretanto, a inconsistência entre a maioria representada aumentou, pois integrou por igual número os representantes de cada estado, independentemente da população (NEGRETTO, p. 546). Cabe consignar que somente a Argentina, o Brasil e o México têm o Senado como uma estrutura federal do Estado, em vista disso o apelo do bicameralismo não está relacionado unicamente à autonomia política dos poderes locais.

As Constituições que atribuem ao presidente a competência para introduzir decretos com força de lei, normalmente limitados a circunstâncias de urgência e sujeitos a aprovação posterior, reduzem a capacidade de bloqueio dos demais ramos do poder, porque, ao englobar essas regras permitem a existência de governos divididos ou maiorias presidenciais. Inclusive, no Brasil, na Colômbia e no Peru ao se introduzir o poder de decreto, o poder de veto do executivo desacelerou.

Deveras, o Decreto-Lei e as Medidas Provisórias são práticas comuns empregada na gestão pública, sob essa lógica assevera Agamben (2004, p. 62):

O princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. [...] O parlamento não é mais um órgão soberano a quem compete o poder executivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo.

Consequentemente, as Constituições latino-americanas tentaram afastar os problemas de legitimidade e eficiência gerados pelo modelo de freios e contrapesos, ao evitar governos repartidos com representação de interesses plurais no Executivo e no Legislativo, e, dando poderes ao presidente para promover alterações legais, mesmo na falta de um suporte da maioria legislativa.

Inobstante, na visão schmittiana o problema, aqui, reside no fato de inexistir um poder soberano, e sem decidibilidade soberana não há que se falar em efetividade das demandas sociais, pois o conflito se acentua diante da pluralidade democrática. Em abono dessa assertiva, Gabriel Negretto (p. 533), esclarece que a possibilidade de governos sem maioria superar possíveis bloqueios por meio de poderes unilaterais, como os decretos de

urgência, distorcem o processo de criação de leis em um regime democrático. Constituições que dão esta possibilidade [...] podem ser perigosas em situações de polarização entre um presidente sem maioria e um Congresso opositor.

Sabendo que a vontade da maioria expressa nas eleições é muitas vezes incoerente e suscetível à manipulação, a homogeneidade democrática se mostra uma pretensão inviável. Entretanto, não se pode negar, que, quando há representatividade heterogênea, o poder atribuído ao presidente sob o estado de exceção, é um mecanismo de unilateralidade soberana. Se dentro do Estado Constitucional um dos poderes acaba por ter mais poderes do que os demais, haverá estado de exceção (“golpe político”). Por certo, a partir do momento, em que passou a existir o Estado Constitucional, não existe soberano, pois esse só existe no Estado Absoluto.

Os territórios governados pelo Estado de Direito, na América Latina, têm produzido invariavelmente medidas de exceção para perseguir oponentes políticos. Segundo Pedro Serrano, o agente da exceção, nesses países, é o Poder Judiciário, que direta ou indiretamente apoia alguma medida do parlamento, que busca interromper a democracia, ou manter um sistema de justiça voltado ao combate de inimigos específicos.

Sob o jugo do cumprimento do Texto Constitucional, e, equitativamente, a realização da democracia, o Judiciário e o Parlamento rompem com a Constituição e interrompem o ciclo democrático, suspendendo esse direito fundamental. Há uma fraude democrática, uma vez que a finalidade desses processos judiciais não é aplicar a ordem jurídica e o Direito Penal, mas produzir efeitos políticos. É um processo penal de exceção, que busca combater o inimigo político que será impedido de se defender plenamente (SERRANO, 2016. p. 110).

O sistema de Justiça acaba funcionando como agente de exceção não só governando a pobreza, mas também quando existem governos alternativos de esquerda na América Latina, passamos a ter medidas de exceção interruptivas da Democracia. O Judiciário deixou de ser o produtor de justiça e aplicador de direitos, para combater o crime e promover a violação de direitos fundamentais. Arremata Serrano que a jurisdição vem funcionando como fonte de exceção, e não do direito.

Neste ponto, Agamben lembra que a violação e restrição das liberdades individuais não se justifica por um direito subjetivo do Estado, mas pela necessidade e impossibilidade de aplicar as normas que regulam a vida normal estatal. Portanto, as restrições são provenientes de um novo ordenamento advindo da situação excepcional, que determina de modo diverso as fronteiras entre a atividade do Estado e a esfera individual (BERCOVICI, 2005. p. 212).

Os acusados de corrupção, no Brasil, em hodierno, passam por processos judiciais espetaculares, que suplantam seus direitos e garantias sem formalidades. Deste modo, são tratados como inimigos internos, habitantes daquilo que Serrano chama de “territórios ocupados da periferia”, e não como cidadão, que, em função do seu poderio econômico, teria acesso assegurado ao Estado Democrático de Direito. Verifica-se que não basta fazer parte da classe economicamente favorecida, é preciso estar do lado certo da disputa política.

A corrupção, por sua vez, ao configura-se como macrocriminalidade imprescindível de política pública, e, principalmente, de mudança cultural. Por isso, não se pode acabar com a corrupção somente com o Direito Penal simbólico, ou com a aplicação de práticas de exceção. De igual sentir, os “Golpes de Estado” do século XXI, na América Latina estão sendo elaborados com um tripé básico: grande imprensa, Poder Judiciário e oposição articulada. Embora o impeachment seja um processo formalmente jurídico, porque, o órgão que decide em última instância a ocorrência de irregularidades é o Judiciário, deveras, em essência é um processo de natureza política.

O ativismo judicial, nos casos de inimigos políticos, se apresenta como expressão do autoritarismo estatal pela ação do juiz da legalidade convertido no juiz de Direito por apelo à Constituição. No entanto, o “vedetismo da judicatura”, no ordenamento pátrio, esbarra na matriz latina do sistema jurídico e na Constituição pesada no pleno normativo e dirigente no plano social (SERRANO, 2016. p. 112).

Acrescenta-se que embora o Brasil adote um constitucionalismo rígido de direitos e garantias fundamentais, a falta de efetividade desses direitos, na seara do pragmatismo, acarreta interpretações restritivas das normas constitucionais, para fazê-las compatíveis com as normas de hierarquia inferior.

A decisão judicial deve evitar ao mesmo tempo a paralisia e a ditadura, um dos grandes males que os estados latino-americanos têm enfrentado. Logo, o Judiciário deve orientar uma política promotora de garantias processuais, controlando os atos de poder ilegítimos emanados do Estado-Soberano e do parlamento. Estando apto, primordialmente, para expurgar o viés autoritário e reestruturar a normatividade constitucional.

3 OS INIMIGOS PERMANENTES

Há de se observar que quando as instituições constitucionais não se apresentam aptas a realizar a unidade política, nos dizeres de Schmitt, outros setores do sistema político e social

devem ser responsáveis pela substância política através de um Estado neutralizador, que, “utilizando-se dos poderes de exceção, consiga excluir quem é hostil ou estranho à ordem política, podendo jogar a legitimidade contra legalidade e, assim, excluir o inimigo” (BERCOVICI, 2004. p. 82-83).

Sob a ótica da soberania ser evocada sempre como uma exceção, o conceito de inimigo em Schmitt relaciona-se ao conceito de inimigo estabelecido pelo Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Deveras, Schmitt (1992, p. 131) estabelece que o inimigo deva ser tratado como criminoso, propondo sua relação com o conceito de política e com a concepção de Estado Soberano, o qual regula os conflitos sociais, ao garantir o monopólio do político. De tal modo, o fundamento definidor do político, em Schmitt é o conceito de amigo-inimigo do Estado, em que o inimigo é o inimigo político (público).

Ainda que entendesse inexistir um inimigo interno, Schmitt afirma que para se estabelecer a ordem, a paz e o próprio Estado, é forçoso a eliminação, inclusive física, de dissidentes e violadores da ordem coletiva, pois a “ação má” é o pressuposto do Direito Penal.

Daí a concepção de que o Estado cria os seus inimigos, uma vez que “o inimigo não vem onticamente imposto, não é um dado de fato que se impõe ao direito, mas é politicamente assinalado. [...] Trata-se de uma identificação vazia de conteúdo, que o poder pode preencher a seu bel prazer, porque sempre necessita ter um inimigo” (SCHMITT, 2007. p. 142). Sendo irrevogável da natureza humana a necessidade de estabelecer-se através do conflito, como admitia Schmitt, sempre um inimigo público será selecionado, e contra ele será instaurada uma prática de exceção.

Por seu turno, avaliando a utilidade e as consequências da punição, e, sob a justificativa, também, de preservação da ordem social, Günther Jakobs desenvolveu a Teoria do Direito Penal do Inimigo como um novo modelo de enfrentamento ao crime. Aqui, Jakobs propôs o tratamento do criminoso como inimigo do Estado, sendo ao mesmo destinado um tratamento diverso daquele aplicado ao cidadão, tendo por base os parâmetros do Estado de Direito, da guerra e do estado de exceção.

O Direito Penal, então, teria dois destinatários, o inimigo da sociedade e o cidadão. O inimigo é definido como o criminoso frequente, cuja periculosidade e a natureza lesiva dos delitos praticados são altíssimas. Dito de outra forma, inimigo é quem invariavelmente quebra as expectativas normativas e não demonstra garantias cognitivas de lealdade jurídica.

Por consequência, inexistindo segurança cognitiva de fidelidade à norma, o Estado deve suplantar suas garantias processuais penais e tirar-lhe o status de pessoa. Há, contudo, uma distinção primordial entre cidadãos que tenham cometido um erro, e, aqueles denominados inimigos que tencionam suprimir a ordem social, com a prática de infrações penais perigosas como, por exemplo, a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, e os delitos sexuais.

A fim de fundamentar um Direito Penal com dois pólos de regulações, Jakobs fomenta uma conceituação descritiva de inimigo, a partir de precedentes filosóficos de Thomas Hobbes, em seu ideário contratualista de um Estado Absoluto. Impende registrar que para Hobbes (2006, p. 256), “não podem ser consideradas penas os danos infligidos a quem é um inimigo declarado. [...] Em uma situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer tipo de dano”.

O inimigo, na teorização de Jakobs, é merecedor de um tratamento de guerra contida, porque, quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, “não só, não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (JAKOBS, 2007. p. 42).

Como a finalidade do Direito Penal do Inimigo é o banimento de um perigo, a pena é vista como medida de segurança aplicável a imputáveis perigosos. Assim, defende a antecipação da tutela penal, de modo que a proteção normativa alcance os atos preparatórios do inimigo, impedindo a produção de danos futuros e configurando um direito prospectivo.

O indivíduo, assim é um objeto de coação. É o que se define como Direito Penal de terceira velocidade³, uma vez que há a imposição de penas privativas de liberdade desproporcionais, em conjunto com a desformalização do processo penal, ante o status de “não-pessoa” do inimigo.

Inobstante, Jakobs (2007, p. 64) argumenta que, “embora o tratamento com o inimigo seja a guerra, trata-se de uma guerra rigorosamente delimitada”. Assim sendo, como tática de contenção do profissionalismo criminoso de alta periculosidade a “despersonalização se produz de modo pontual, exclusivamente no que se refere ao possível uso defeituoso da liberdade. Ademais, a personalidade jurídica fica incólume” (JAKOBS, 2007. p. 65).

³ Teorização de Jesús-Maria Silva Sánchez em sua obra “A Expansão do Direito Penal”.

Em uma interpretação límpida dos Direitos Humanos Universais, de frente aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, sustenta Jakobs que os desiguais devem ser tratados desigualmente, aqui se referindo não só a desigualdade material, mas também a desigualdade legal incutida ao inimigo. Não olvidando que “a punição internacional ou nacional de vulnerações dos Direitos Humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito penal do inimigo, sem ser só por isso ilegítima” (JAKOBS, 2007. p. 60).

Em síntese, embora, o inimigo em Schmitt seja um indivíduo externo (público), e para Jakobs o inimigo é aquele indivíduo que descumpra a ordem do Estado-Nação, é de fácil percepção que quando o delinquente interno viola a lei, atentando contra a segurança da coletividade, e, a soberania, perde seu status de cidadão tornando-se um inimigo externo.

Ainda que para Schmitt o inimigo deva ser tratado como criminoso e para Jakobs o criminoso deva ser tratado como inimigo, para ambos os autores o inimigo deve ser neutralizado ou eliminado da convivência social, porque não cabe ao inimigo o Estado de Direito, mas a exceção, como derivação da guerra. A discricionariedade do soberano, portanto, declara seu inimigo, e essa vontade soberana é diversa da ordem jurídica reguladora, uma vez que provém do próprio decisionismo (político/jurídico) estatal.

Os descompassos entre a garantia da soberania estatal e os fatores da exceção incidem, sobretudo em países periféricos (latinos), em virtude desses não acompanharem a evolução da organização estatal, industrial, tecnológica, e, serem herdeiros de regimes autoritários. Na rotina dessas sociedades democráticas o estado de exceção se adjetiva pela sua permanência, não como mecanismo constitucional exclusivo dos períodos de crise sócio-político-econômica, mas, como categoria útil em sede de teoria constitucional para pulverizar indivíduos desagregadores e nocivos à própria soberania estatal.

Na convergência entre os direitos individuais e os Estados Democráticos de Direito, Pedro Serrano constata que os regimes de exceção são instituídos quando se define um inimigo interno, e essa exclusão da condição jurídica de ser humano determina uma categoria social que é tratada com medidas de exceção essenciais para ações anti-democráticas. Por isso, como bem elucida Eugênio Zaffaroni (2007, p.152) “a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de Direito”.

Nada obstante, os fatos revelam que a dita “sociedade de risco” contemporânea, frequentemente se insere num plano de individualidade massificada, querendo soluções instantâneas dos conflitos sociais. Mas, ao alerta de Ferrajoli (2006, p. 747), não se pode

olvidar que o estado de exceção torna-se o “princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política”. Todavia, se a defesa do Estado de Direito, ante sua ruptura política for efetuada sempre pela repressão penal da exceção, tanto mais política ou socialmente grave, mais excepcional será em relação à norma.

De arremate, ainda, que, se proponha um limite ao conceito de inimigo, uma vez que faticamente já atua em uma medida mais extensa, é possível asseverar que a vulneração de alguns direitos, será sempre uma questão quantitativa e não qualitativa, isto é, pouco importa qual o direito será violado. No contexto institucional débil da ordem jurídica, a percorrida teorização é o vírus de destruição autoritária do Estado Democrático de Direito, em patrocínio de um Estado Absoluto de exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o ajuste final do entendimento de tudo que fora exposto, é certo que a instalação de um estado de exceção para a manutenção da ordem social e defesa do Estado se faz legítima como garantia da própria democracia. Inclusive, a Carta Constitucional de 1988 identifica normativamente o estado de defesa e o estado de sítio como duas nuances da exceção, que se justificam como mecanismos políticos que objetivam defender o próprio Estado Democrático de Direito.

Enveredando na teorização de Carl Schmitt, certifica-se que a noção de soberania é atribuída ao poder de decidir no estado de exceção. Então, a unidade política só se torna soberana se possuir competência para decidir politicamente. Não olvidando, que em situações de exceção os direitos fundamentais, a lei e o próprio núcleo da Constituição podem ser suspensos, o poder que Schmitt atribui ao Chefe do Executivo é temerário, mormente, pela decisão não ser jurídica. Ainda que o autor afirme ser o poder do soberano plebiscitário, por se revestir de legitimidade através da soberania popular, inutilizar o Poder Legislativo e o Judiciário para atuar nos momentos de crise estatal e salvaguardar a Constituição, sob a escusa de que o conflito se acentua diante da pluralidade democrática é pretensioso.

Para Agamben embora a exceção não esteja inserida no Direito, ela traz em si uma ordem, ainda que não jurídica, através de medidas que ocasionam a suspensão (total ou parcial) do Direito. Não se nega os valores democráticos, mas denuncia que a perspectiva da democracia puramente formal acaba por convergir regimes em tese antagônicos.

No mais, ainda que para Schmitt o inimigo deva ser tratado como criminoso e para Jakobs o criminoso deva ser tratado como inimigo, para ambos os autores o inimigo deve ser neutralizado ou eliminado da convivência social, porque não cabe ao inimigo o Estado de Direito, mas a exceção, como derivação da guerra.

Concluimos que, não se declara o estado de exceção, porque já foi naturalizado como para impor a ordem interna. Essa naturalização legalizou o estado de exceção permanente. Assim, não se trata só de violência das forças de segurança ou de autoritarismo de um dos poderes estatais, mas de uma violência instalada a partir das políticas econômicas implementadas pelo Estado para aprofundar a miséria (planejada) e exterminar a dissidência por meio da repressão.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. **Soberania e constituição**: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. São Paulo: Azougue, 2005.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crise ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.

ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEGRETTO, Gabriel. *Havia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina*. págs. 531-561. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/345/23.pdf>. Acesso: 23.11.2016.
SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **O conceito do político**. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e Golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.