


QUANDO A EXCEÇÃO VIRA REGRA: A INDISCERNIBILIDADE ENTRE  
AUTORITARISMO E DEMOCRACIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

*WHEN EXCEPTION BECOMES RULE: THE INDISCERNIBILITY BETWEEN  
AUTHORITARIANISM AND DEMOCRACY IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL  
LAW*

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth<sup>A</sup>

 <http://orcid.org/0000-0002-7365-5601>

André Giovane de Castro<sup>B</sup>

 <http://orcid.org/0000-0002-8970-5685>

<sup>A</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPEs “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”.

<sup>B</sup> Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Correspondência: [madwermuth@gmail.com](mailto:madwermuth@gmail.com)

DOI: 10.12957/rfd.2022.56969

Artigo submetido em 06/01/2021 e aceito para publicação em 12/04/2022

**Resumo:** A história do Brasil constitui-se a partir de um movimento pendular entre autoritarismo e democracia. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a redemocratização foi formalizada, mas os traços autoritários do passado continuam presentes em documentos legais e nas práticas institucionais em pleno século XXI. Um retrato disso é o Código de Processo Penal. Ao alcançar os seus 80 anos, o referido documento traz inúmeros obstáculos à efetivação do texto constitucional. A partir disso, problematiza-se: em que medida o sistema de justiça penal, especialmente no tocante ao Direito Processual Penal, tem servido como instrumento autoritário no bojo do Estado Democrático de Direito instaurado em 1988 no Brasil? Emerge-se da hipótese, ao fim corroborada – com base na teoria do estado de exceção delineada, sobretudo, na filosofia de Giorgio Agamben –, sobre a zona de indiscernibilidade entre autoritarismo e democracia no Estado brasileiro, revelando a abstração dos valores democráticos e a concretude das marcas autoritárias. Neste sentido, observando-se o método fenomenológico-hermenêutico, a abordagem qualitativa, a técnica



Este é um artigo de acesso aberto distribuído sob os termos da Licença Creative Commons BY 4.0, que permite uso, distribuição e reprodução para fins não comerciais, com a citação dos autores e da fonte original e sob a mesma licença.

exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental, o texto estrutura-se em duas seções e objetiva, respectivamente: a) analisar a institucionalização de discursos sociais autoritários no sistema de justiça penal; e b) refletir a conformação do estado de exceção na atuação do Poder Judiciário à luz do Direito Processual Penal.

**Palavras-chave:** Democracia. Autoritarismo. Código de Processo Penal. Estado de exceção.

**Abstract:** The history of Brazil is constituted from a pendular movement between authoritarianism and democracy. With the promulgation of the 1988 Federal Constitution, redemocratization was formalized, but the authoritarian traces of the past remain present in legal documents and institutional practices in the 21st century. A picture of this is the Criminal Procedure Code. Upon reaching its 80 years, the referred document brings numerous obstacles to the effectiveness of the constitutional text. From this, the question arises: to what extent has the criminal justice system, especially with regard to Criminal Procedural Law, served as an authoritarian instrument in the midst of the Democratic State of Law established in 1988 in Brazil? It emerges from the hypothesis, at the end corroborated - based on the theory of the state of exception outlined, above all, in the philosophy of Giorgio Agamben -, about the zone of indiscernibility between authoritarianism and democracy in the Brazilian State, revealing the abstraction of democratic values and the concreteness of authoritarian marks. In this sense, observing the phenomenological-hermeneutic method, the qualitative approach, the exploratory technique and the bibliographic and documentary procedures, the text is structured in two sections and aims, respectively: a) to analyze the institutionalization of authoritarian social discourses in the system criminal justice; and b) reflect the conformation of the state of exception in the performance of the Judiciary in the light of Criminal Procedure Law.

**Keywords:** Democracy. Authoritarianism. Criminal Procedure Code. Exception state.

## 1 INTRODUÇÃO

O autoritarismo e a democracia constituem-se como formas distintas de estruturação e manifestação do Estado e da sociedade. A história brasileira evidencia a acentuação ora do autoritarismo e ora da democracia, em um movimento pendular, bem como situações de indiscernibilidade. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil refunda-se como um Estado Democrático de Direito, balizado nos valores da cidadania e dos direitos humanos. O sistema de justiça penal deveria caminhar nesta mesma direção, visando à observância do *nomos* constitucional do início ao fim da persecução criminal. Há, todavia, inúmeros obstáculos. A atuação do Poder Judiciário, à luz do Direito Processual Penal, demonstra, vez ou outra, a indistinção entre autoritarismo e democracia. Porém, não é somente uma constatação enraizada na esfera institucional, senão, isto sim, difusa

socialmente. Do mesmo modo, não se trata de um cenário hodierno, mas, a bem da verdade, de uma construção histórica. Cuida-se de elucidar a referida dinâmica neste texto.

Em 2021, o Código de Processo Penal (CPP) alcança os seus 80 anos. Criado sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, o CPP mantém-se no Brasil no transcurso de oito décadas com elementos fortemente autoritários e, por conseguinte, destoantes com o espírito democrático do texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. A leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, assinada por Francisco Campos, clarifica a sua veia autoritária e, consequentemente, colidente com os direitos humanos. Isso fica bastante evidente quando se constata, da leitura da exposição de motivos do CPP, que ele se encontra assentado nestas visões:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. (CAMPOS, 2016, p. 357)

A partir deste cenário, o presente estudo problematiza: em que medida o sistema de justiça penal no Brasil, especialmente no tocante ao Direito Processual Penal, tem servido como instrumento autoritário no seio do Estado Democrático de Direito instaurado com a Constituição Federal de 1988? A investigação, com escopo na teoria do estado de exceção delineada, essencialmente, em Giorgio Agamben, considera a indiscernibilidade entre autoritarismo e democracia no Estado brasileiro, revelando, de um lado, a abstração dos ideais democráticos estatuídos no culminar do século XX e, de outro lado, a concretude dos traços autoritários mantidos no decurso de oitenta anos do CPP, caminhando desde o contexto autoritário no qual se deu a sua criação, intensificando as suas características com a ditadura civil-militar ocorrida entre 1964 e 1985 e, finalmente, obtendo novas forças com a crise democrática em curso no contexto atual. Logo, como veneno e antídoto, o sistema de justiça penal, notadamente retratado pelo Poder Judiciário, constitui-se como subterfúgio

democrático ao autoritarismo – evidenciando a indiscernibilidade entre democracia e exceção denunciada pela filosofia agambeniana.

O método fenomenológico-hermenêutico, baseado nas lições de Martin Heidegger (1998) e Hans-Georg Gadamer (1999), mostra-se como satisfatório ao desenlace deste trabalho. A fenomenologia hermenêutica, a teor de Ernildo Stein, dá acesso “ao fenômeno no sentido fenomenológico”, autorizando o desvelamento daquilo que “primeiramente e o mais das vezes não se dá como manifesto” (STEIN, 2001, p. 169). Nos termos de Stein, o “ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico”, pois “nele reside uma pré-compreensão, fundamento de toda posterior hermenêutica” (STEIN, 2001, p. 187-188). Com efeito, os autores vivenciam, geográfica e temporalmente, a realidade colocada em estudo. A metodologia envolve a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental. Por fim, o texto divide-se em duas seções, as quais objetivam, respectivamente: a) analisar a institucionalização de discursos sociais autoritários no sistema de justiça penal; e b) refletir a conformação do estado de exceção na atuação do Poder Judiciário à luz do Direito Processual Penal.

## 2 AUTORITARISMO E DEMOCRACIA: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE DISCURSOS SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL

A construção do Estado brasileiro é marcada por um movimento pendular entre períodos autoritários e democráticos. A pauta punitiva, historicamente, recebe atenção. O Direito Processual Penal parece estar se alinhando aos interesses dos representantes e dos representados. Com 748.009 custodiados<sup>1</sup>, nos termos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Julho a Dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), o Brasil ocupa a terceira colocação no *ranking* mundial de segregados e demonstra como o controle social vem sendo utilizado no país como ferramenta essencial no pretense combate à

---

<sup>1</sup> O aumento da população carcerária é gradativo no Brasil. Em 1990, havia 90 mil presos; em 1992, 114,3 mil; em 1993, 126,2 mil; em 1994, 129,2 mil; em 1995, 148,8 mil; em 1997, 170,6 mil; em 1999, 194,1 mil; em 2000, 232,8 mil; em 2001, 233,9 mil; em 2002, 239,3 mil; em 2003, 308,3 mil; em 2004, 336,4 mil; em 2005, 361,4 mil; em 2006, 401,2 mil; em 2007, 422,4 mil; em 2008, 451,4 mil; em 2009, 473,6 mil; em 2010, 493,3 mil; em 2011, 514,6 mil; em 2012, 549,8 mil; em 2013, 581,5 mil; em 2014, 622,2 mil; em 2015, 698,6 mil; em 2016, 722,1 mil; e, em 2017, 726,3 mil (BRASIL, 2019.).

criminalidade com a reivindicação e/ou anuência do tecido societal em relação ao recrudescimento das normas criminais e, inclusive, à relativização/supressão de direitos humanos. Tal conjuntura conduz ao compartilhamento de discursos e, via de consequência, à sua institucionalização, cujas razões carecem de elucidação à luz da Constituição Federal de 1988. A presente seção visa, diante deste cenário, a descortinar a formação de discursos sociais e a sua institucionalização no Estado no tocante ao Direito Processual Penal.

O discurso assinala um conteúdo, circunscreve uma opinião, estrutura um poder. Na lição de Michel Foucault (2014, p. 46), o discurso consiste na “reverberação de uma verdade nascendo diante de seus próprios olhos”. A partir da Modernidade, conforme Hannah Arendt (1988), a verdade deixou de ser considerada como dada ou revelada para ser entendida como resultado da mente humana. Nesse sentido, Foucault (2002, p. 12) assevera que cada sociedade possui o seu regime de verdade ou, em outras palavras, a sua “política geral” de verdade, ou seja, a um, “os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros”; a dois, “os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros”; a três, “as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade”; e, a quatro, “o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro”. O discurso não se caracteriza apenas como palavras expressas, mas como enunciados de possíveis poder e verdade.

A sociedade, com essa idealização do discurso, inclina-se a deter a sua relevância no seio de uma democracia, o que se pode perfectibilizar de duas maneiras: em primeiro lugar, na construção do discurso e, em segundo lugar, na sua validação. Tal relação tem a propensão de ser evidenciada no Brasil, especialmente em caráter político ou, em sentido estrito, eleitoral, porque, na perspectiva arendtiana, “nem mesmo o mais autocrático tirano ou governante pode alçar-se algum dia ao poder, e muito menos conservá-lo, sem o apoio daqueles que têm o modo de pensar análogo”. (ARENDT, 1988, p. 289). Significa que o discurso social precisa se coadunar com o discurso institucional para tornar-se verdade. Se não houver comunhão de ideias, o discurso tende a não ser validado social e nem mesmo institucionalmente. Sublinha-se, assim, a noção de que o ordenamento jurídico deriva, em tese, em uma democracia representativa, como no Estado brasileiro, de um relacionamento amistoso entre os representados e os representantes.

O elo entre democracia e direito – no caso em tela, da seara penal – estabelece-se, assim, como substancial à estrutura do Estado nacional. Um dilema inicial, no entanto, está na debilidade constante do sistema democrático brasileiro, que, na percepção de Sérgio Buarque de Holanda (2002, p. 160), “foi sempre um lamentável mal-entendido”, pois acomodado no país como resultado da importação de um modelo pela aristocracia rural e semifeudal, a qual, à medida do possível, buscou adequá-lo aos seus direitos e privilégios. Essa situação mantém-se no fim do século XX, uma vez que, embora, segundo Débora Pastana (2009, p. 123), se acendesse, em 1988, o horizonte de uma transição efetivamente democrática, “a euforia com a abertura política e com a consequente ampliação de direitos não foi capaz de consolidar valores democráticos primordiais, como as garantias individuais e a proteção aos direitos humanos”, notadamente porque as práticas autoritárias, empreendidas no transcurso da história brasileira e, especialmente, de 1964 a 1985, não foram ultrapassadas.

O texto constitucional estrutura-se e manifesta-se como o horizonte do Estado e da sociedade. Para Oscar Vilhena Vieira (2019, p. 10), a Constituição, além de constituir “um conjunto de normas superiores”, tem o condão de “habilitar a democracia, regular o exercício do poder e estabelecer parâmetros de justiça que devem pautar a relação entre as pessoas e entre os cidadãos e o Estado”. As três décadas desde a promulgação da atual Carta Política brasileira foram marcadas, segundo Vieira (2019, p. 10), de avanços no tocante à democracia, às relações sociais e ao atendimento dos valores elencados em seu *corpus*, assim como o *nomos* constitucional de 1988 “demonstrou uma resiliência surpreendente, adaptando-se a diversos imperativos de natureza econômica, política e social”. A ambiciosa Constituição Federal de 1988 traduziu, com efeito, consoante Fernando Lattman-Weltman (2018, p. 310), “os anseios mais ou menos difusos da sociedade brasileira pelo retorno a algumas de suas melhores tradições liberais e republicanas”. Há, contudo, vários obstáculos à sua efetivação.

O percurso da história brasileira é formado de momentos autoritários e de momentos democráticos. É possível afirmar, também, a coexistência do autoritarismo com a democracia. Na lição de Leonardo Avritzer (2019, p. 16), o Brasil exhibe o chamado “pêndulo da democracia”, concebido como a oscilação verificada na política brasileira com “períodos históricos nos quais elites e massas partilham um forte entusiasmo democrático” e com

“outros momentos em que a classe média adota uma visão antidemocrática, alinhada com as elites, e muitos setores populares aderem à rejeição da política ou à antipolítica”.

Na implantação da ordem republicana no país, Gizlene Neder (2009, p. 20) já observa uma interpenetração do ideário burguês com permanências históricas da cultura política do Antigo Regime e do escravismo, “que deu suporte a uma prática jurídico-política e a uma afetividade absolutista, que desafiaram a racionalidade do capitalismo e seu ideário, que se queria implantar.” Com efeito, no período de transição do período monárquico para o republicano, ao mesmo tempo em que se observam os “ventos das inovações aplicadas pelas políticas liberalizantes relativas aos direitos (de cidadania e direitos humanos) nas formações históricas das duas margens do Atlântico, desde fins do século XVIII”, ficam evidentes as estratégias de construção de “uma política de controle e disciplinamento das classes populares rígida, autoritária e altamente repressiva.” (NEDER, 2009, p. 18).

No mesmo sentido, Edson Teles e Vladimir Safatle (2010), em alusão a outro período histórico, desta vez tendo em mira a ditadura civil-militar, defendem a tese da manutenção de características autoritárias de 1964 a 1985 na dinâmica institucional e social hodierna. A partir deste diagnóstico, o referido contexto histórico de outrora não se mede, de acordo com Teles e Safatle (2010), com o cômputo de mortos no passado, senão, isto sim, através das marcas deixadas no presente e no futuro.

Há uma série de eventos nacionais alicerçada, assim, em governos atentatórios ao regime das liberdades. Neste século XXI, a democracia ascendia, na perspectiva de Lilia Moritz Schwarcz (2019, p. 214), “como o melhor sistema político e como um valor fundamental”, posto que se respalda em “garantir a liberdade, a igualdade e um estado regular de direitos, a despeito de jamais consegui-lo plenamente”; apesar disso, “temos assistido ao crescimento da intolerância social, no mundo e notadamente no Brasil”. A imbricação do autoritarismo na veia arterial – adoentada, quiçá – da política brasileira tem o condão de demonstrar a impregnação da conjectura antidemocrática no seio dos cidadãos. Uma fábula oriental, retomada na leitura de Rubens R. R. Casara (2019, p. 85), viabiliza o aflorar da razão de ser desse cenário:

Há uma fábula oriental que traz a história de um homem que, enquanto dormia, teve a boca invadida por uma serpente. A serpente alojou-se no estômago, de onde passou a controlar a vontade do homem. A liberdade desse infeliz desapareceu; o homem ficou à mercê da serpente, já não se pertencia – era a serpente a responsável por todos os seus atos. Certo dia, o homem acorda e percebe que o animal havia

partido e que, novamente, estava livre. Deu-se conta, então, de que não sabia mais o que fazer da sua liberdade, que havia perdido a capacidade de desejar, de agir de maneira autônoma.

A narrativa acima evidencia, de um lado, o homem submisso à serpente e, de outro lado, o homem livre. Pode-se conceber o homem como o cidadão e a serpente como o agente – ou os agentes – autoritário(s) da teia político-social brasileira. A alternância e – por que não dizer – o ciclo autoritário e democrático nacional retratam a vulnerabilidade da cidadania e, com efeito, a ausência do exercício das liberdades relacionadas ao Estado Democrático de Direito, ora configurado no Brasil. É como se a regra não fosse a democracia, mas, sim, o autoritarismo. É como se a tradição não fosse a de indivíduos livres, mas, sim, subordinados ao poder – ou, melhor denominando, à violência. É como se os sujeitos não soubessem (con)viver com o dever – e, notadamente, o direito – de edificar, conjuntamente, a estrutura político-social, senão, isto sim, de se subjugar a figuras, ou seja, a serpentes, que, comumente, se apresentam como habilitadas a conduzirem a nação e, logo, o povo, seja a um passado mítico, seja a um futuro utópico.

Aliás, o Brasil nem sempre conseguiu promover um verdadeiro Estado de Direito (STRECK, 2008). Nesse sentido, os acontecimentos perpetrados durante o regime civil-militar “continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à *bandidagem*”, cujo efeito é a edificação de uma violência urbana, que se pretende corriqueiramente combater, e de “uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo”. (WACQUANT, 2001, p. 10). O Estado Democrático de Direito, nessa esteira, parece persistir, formalmente, nos documentos, mas não encontrar concretude nas relações institucionais e sociais. Torna-se forçoso pensar, pois, no entrelaçamento da sociedade e do Estado sob a ótica criminal, mormente há, de um lado, discursos “negativos” sobre os direitos humanos, ao mesmo tempo em que há, de outro lado, violações desses preceitos.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017) assumiu a empreitada de averiguar o cenário nacional de violência com escopo na percepção dos cidadãos no tocante às atitudes autoritárias. O resultado foi impactante. Embora a história demonstre a intenção do corpo social e do corpo político atravessar a ditadura civil-militar e, conseqüentemente, instalar a

democracia, alicerçada em direitos humanos, bem como na (de)limitação das atribuições dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, a realidade hodierna elucida um direcionamento intenso dos cidadãos a posições autoritárias. Em uma escala de 0 a 10, a pesquisa resultou no escore de 8,10, concebido em nível forte<sup>2</sup>. Essa conclusão, que evidencia uma sociedade marcada pela anuência e, quiçá, pela reivindicação de medidas de cariz antidemocrático, está intimamente relacionada com a adoção e difusão de respostas penais severas e infringentes à pretensa dignidade da pessoa humana, cujas reflexões exibem-se na persecução penal.

O Brasil, segundo Salo de Carvalho, aderiu, cristalinamente, ao chamado “populismo punitivo”, em 1990, com a Lei dos Crimes Hediondos, considerada “o marco simbólico do ingresso do Brasil no cenário internacional do grande encarceramento”. (CARVALHO, 2015, p. 631). Esse diploma jurídico representa, na percepção de Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily (2019), o embate, no fim do século XX, entre Estado social e Estado penal, o que se escancara com a Emenda Constitucional nº 95 e elucida a relação entre os modelos econômico liberal e penal de controle social, haja vista a imposição de restrição orçamentária às ações sociais, mas não à esfera punitiva, no lapso temporal de vinte anos. A partir desse percurso, que segue em descompasso com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, a autorização, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de cumprimento antecipado de

---

<sup>2</sup> O escore final de 8,10 – que considera 0 a 3 como baixo, 4 a 6 como moderado e 7 a 10 como forte – decorre das respostas dos entrevistados a uma série de afirmações distribuída em três blocos. As frases e os seus respectivos percentuais alusivos à concordância dos cidadãos são os seguintes: 1) Submissão à autoridade: “Não há nada pior do que uma pessoa que não sente profundo amor, gratidão e respeito por seus pais” (83%), “A obediência e o respeito à autoridade são as principais virtudes que devemos ensinar às nossas crianças” (81%), “O que este país necessita, principalmente, antes de leis ou planos políticos, é de alguns líderes valentes, incansáveis e dedicados em quem o povo possa depositar a sua fé” (69%), “Nenhuma pessoa decente, normal e em seu são juízo pensaria em ofender um amigo ou parente próximo” (68%) e “O policial é um guerreiro de Deus para impor a ordem e proteger as pessoas de bem” (53%); 2) Agressividade autoritária: “Hoje em dia, as pessoas se intrometem cada vez mais em assuntos que deveriam ser somente pessoais e privados” (79%), “Se falássemos menos e trabalhássemos mais, todos estaríamos melhor” (77%), “Os crimes sexuais tais como o estupro ou ataques a crianças merecem mais que prisão; quem comete esses crimes deveria receber punição física publicamente ou receber um castigo pior” (69%), “Às vezes, os jovens têm ideias rebeldes que, com os anos, deverão superar para acalmar os seus pensamentos” (68%), “A maioria de nossos problemas sociais estaria resolvida se pudéssemos nos livrar das pessoas imorais, dos marginais e dos perversos” (60%), “Deve-se castigar sempre todo insulto à nossa honra” (45%) e “Os homossexuais são quase criminosos e deveriam receber um castigo severo” (13%); e 3) Convencionalismo: “A ciência tem o seu lugar, mas há muitas coisas importantes que a mente humana jamais poderá compreender” (75%), “Todos devemos ter fé absoluta em um poder sobrenatural, cujas decisões devemos acatar” (64%), “Um indivíduo de más maneiras, maus costumes e má educação dificilmente pode fazer amizade com pessoas decentes” (54%), “Os homens podem ser divididos em duas classes definidas: os fracos e os fortes” (44%) e “Pobreza é consequência da falta de vontade de querer trabalhar” (31%) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017. p. 13).

pena manifesta, além do recrudescimento criminal pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, o direcionamento do Poder Judiciário em prol do encarceramento em massa.

Com efeito, um dos debates recentes mais acirrados do STF abordou a execução provisória da pena privativa de liberdade. Em 17 de fevereiro de 2016, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, o STF admitiu, no bojo do *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292, impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor de Marcio Rodrigues Dantas, a prisão após a condenação em segunda instância, mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado da sentença<sup>3</sup>. A decisão foi ratificada no HC nº 152.752, impetrado por Cristiano Zanin Martins e Outros em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, com relatoria do Ministro Edson Fachin e julgamento datado de 04 de abril de 2018<sup>4</sup>. No dia 07 de novembro de 2019, porém, o STF, nos autos da ADC nº 43, ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), da ADC nº 44, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), e da ADC nº 54, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), com relatoria do Ministro Marco Aurélio, alterou a supradita tese, firmando novo entendimento<sup>5</sup>.

A alteração de voto dos ministros no tocante ao mesmo caso – possibilidade, ou não, de cumprimento antecipado da pena – aconteceu em um lapso temporal superior a três anos e inferior a quatro anos. Nesse ínterim, contudo, de 17 de fevereiro de 2016 a 07 de novembro de 2019, cujas datas se referem, respectivamente, aos julgamentos do HC nº 126.292 e das ADC's nº 43, 44 e 54, a composição do STF modificou-se tão só em relação à saída do Ministro Teori Zavascki<sup>6</sup> e ao ingresso do Ministro Alexandre de Moraes<sup>7</sup>. Ambos, no entanto, manifestaram o mesmo posicionamento sobre a matéria *sub judice*, o que significa a mutação

<sup>3</sup> Nessa senda, o trecho da ementa do acórdão do HC nº 126.292/SP: “[...] A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. [...]” (BRASIL, 2016, p. 1).

<sup>4</sup> Nesse ângulo, o trecho da ementa do acórdão do HC nº 152.752/PR: “[...] O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. [...]” (BRASIL, 2018, p. 2).

<sup>5</sup> Nesse sentido, o trecho da ementa do acórdão das ADC's nº 43, 44, e 54/DF: “Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.” (BRASIL, 2019a. p. 2; BRASIL, 2019b. p. 2; BRASIL, 2019c, p. 2).

<sup>6</sup> O Ministro Teori Zavascki faleceu no dia 19 de janeiro de 2017.

<sup>7</sup> O Ministro Alexandre de Moraes foi empossado no dia 22 de março de 2017.

das razões de decidir dos outros juízes da aludida corte constitucional<sup>8</sup>. São as situações constatadas, a bem da verdade, com os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, os quais foram favoráveis no *HC* nº 126.292 e contrários no *HC* nº 152.752 e nas ADC's nº 43, 44 e 54, bem como de Rosa Weber, a qual foi contrária no *HC* nº 126.292, favorável no *HC* nº 152.752 e contrária nas ADC's nº 43, 44 e 54.

Além do sobredito intento institucional e – por que não dizer – social de executar antecipadamente a sanção, o país mantém milhares de segregados com o *status* de inocentes atrás das grades com a aplicação das prisões cautelares: flagrante, preventiva e temporária. O preso provisório, em terras brasileiras, na lição de Rodrigo Ghiringhelli Azevedo (2015, p. 32), “vai ser considerado culpado até que provem o contrário, um ônus que deveria ser do Estado de provar, por meio da polícia e do processo penal, para só depois executar a pena”. Para Vera Regina Pereira de Andrade (2017, p. 164), a presunção de inocência “converte-se abertamente em princípio de presunção de culpa por antecipação”. A referida realidade, com eco em outros Estados nacionais, resulta, na América Latina, de acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 71), de um poder punitivo de contenção executado em face dos suspeitos perigosos, cujo desiderato é o “direito penal de *periculosidade presumida*”. É como se o teor do texto constitucional, assim como do texto infraconstitucional, fosse invertido com vistas à almejada segurança.

Os discursos conformam as dinâmicas institucionais e sociais no Brasil. Tem-se, a bem da verdade, o imbricamento do Estado com a sociedade. A Constituição Federal de 1988 instaurou o denominado Estado Democrático de Direito, consubstanciado no exercício da cidadania e na efetivação dos direitos humanos, mas a realidade histórica e, neste sentido, hodierna evidencia a dissonância do mundo abstrato com o mundo concreto. Os discursos de recrudescimento do Direito (Processual) Penal são constantes, essencialmente devido ao ciclo

---

<sup>8</sup> Os votos dos ministros foram assim distribuídos: a) *HC* nº 126.292/SP: sete votos favoráveis à execução antecipada da pena – Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavascki – e quatro votos contrários à execução antecipada da pena – Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber; b) *HC* nº 152.752/PR: seis votos favoráveis à execução antecipada da pena – Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber – e cinco votos contrários à execução antecipada da pena – Celso de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski; e c) ADC's nº 43, 44 e 54: seis votos contrários à execução antecipada da pena – Celso de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber – e cinco votos favoráveis à execução antecipada da pena – Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux.

autoritário e democrático existente no país. A presunção de inocência encontra-se no rol de direitos humanos, embora não necessariamente o seu teor tem sido consolidado na atuação do Poder Judiciário. O debate realizado no STF sobre a possibilidade, ou não, de cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade notabiliza, portanto, as sinuosidades discursivas e – por que não dizer – as vulnerabilidades dos preceitos fundamentais no Brasil. A seguir, lê-se este cenário à luz da teoria do estado de exceção.

### 3 ESTADO DE EXCEÇÃO: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Brasil estatuiu em 1988, com a atual Carta Política, um Estado Democrático de Direito. Essa conformação institucional assenta-se em cidadania e democracia, consideradas como *conditio sine qua non* à concretização dos ideais estabelecidos pela Assembleia Nacional Constituinte e pelas alterações legais no transcurso de mais de trinta anos de vigência da atual Carta Política. A tessitura da era em curso centraliza a liberdade como valor fundamental a ser administrado. Sendo a administração da liberdade vinculada, sobretudo, ao sistema de justiça penal, os reflexos são substanciais sobre o Direito Processual Penal. O trânsito entre autoritarismo e democracia ou, ainda, a manutenção do autoritarismo na democracia brasileira demonstra a indiscernibilidade entre direito e violência, entre norma e fato, entre dever ser e ser. Com efeito, o estado de exceção torna-se fenômeno a ser desvelado no âmbito institucional e, simultaneamente, social em terras brasileiras com o fito de elucidar a efetivação, ou não, de direitos humanos no sistema de justiça penal. Trata-se, portanto, do intento desta seção.

Torna-se forçoso constatar, inicialmente, a sinuosidade articulada entre o Estado de Direito e o estado de exceção. Não obstante, *a priori*, aparentem distinções absolutas, os sobreditos modelos, segundo Rafael Valim (2018, p. 22), não se afastam mutuamente, haja vista que, “embora o uso sistemático da exceção possa levar à ruína do Estado de Direito, ela pressupõe o quadro de referência do Estado de Direito”. A existência do estado de exceção somente tem sentido, aliás, em um Estado de Direito. Nos regimes absolutistas e autoritários, a vontade soberana não necessita da excepcionalidade, notadamente porque a edificação da ordem e do direito ocorre arbitrária e constantemente, sem empecilho à construção da norma. Dá-se diferentemente no Estado de Direito, no bojo do qual, a teor de Castor M. M. Bartolomé Ruiz (2012), a vontade soberana tende a ser abolida com vista à vazão de uma lei isonômica. Todavia, o almejo – formal e visível – da Modernidade

não se efetivou e o Estado de Direito sobrevive, consoante Valim (2018, p. 22), não com “*um* estado de exceção”, mas com “*estados* de exceção”.

Uma zona de “indeterminação entre democracia e absolutismo” retrata, diante disso, o estado de exceção sob a ótica de Giorgio Agamben (2018, p. 13). A burocracia democrática mantém a sua face, em que pese – oculta, mas concretamente – o Estado se revista de autoritarismo no seu exercício. Essa cena não é só dos tempos de outrora e nem só dos tempos vindouros: é, isto sim, contemporânea. A Primeira Guerra Mundial, para Agamben (2018, p. 19), constituiu-se “como o laboratório em que se experimentam e se aperfeiçoam os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma do governo”. A partir da filosofia agambeniana, isso significa dizer que a tendência do estado de exceção, com supedâneo no começo do século XX até a atualidade, é transformar-se em uma *práxis* “duradoura de governo” (AGAMBEN, 2018, p. 19). Tal constatação atende à denúncia de Walter Benjamin (1987, p. 226) na Tese 8 sobre o conceito de história:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX “ainda” sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável.

O vocábulo “exceção” não consiste, na esteira benjaminiana, em uma situação aleatória, esporádica e singular no Estado (BENJAMIN, 1987). A sociedade contemporânea transformou o estado de exceção, a bem da verdade, em regra. Essa constatação não necessariamente encerra com o Estado de Direito, mas evidencia a constância de sua utilização na órbita democrática. A assunção da excepcionalidade demonstra a dicotomia, mas, ao mesmo tempo, sincrônica, de inclusão e exclusão. A exceção retrata um caso específico excluído da norma geral, o que, no entanto, não a retira, absolutamente, da conexão com a lei, ao passo que “esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão” (AGAMBEN, 2007, p. 25). “*A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando desta*”, de tal maneira a materializar a exceção não como “o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão”, pois “a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída”, nos termos da teoria agambeniana (AGAMBEN, 2007, p. 25).

Torna-se factível a seguinte estrutura: em primeiro lugar, há uma regra; em segundo lugar, esta regra é suspensa; em terceiro lugar, abre-se a exceção. Dessa forma, a exceção não se subtrai à regra, ou seja, não é uma situação totalmente excluída. O que se desenrola, isto sim, é a suspensão, total ou parcial, da ordem jurídica através da vontade e, logo, da decisão soberana, razão pela qual a excepcionalidade se situa em um *lócus* indistinguível, posto que, de um lado, não constitui o ordenamento legal, assim como, de outro lado, não o afronta, pois a ausência de validade da regra vigente, mas suspensa, inviabiliza a colisão com a matéria da regra de exceção. Essa conformação inclusiva e excludente chama-se, em Agamben (2007, p. 26), “*relação de exceção*”. A norma determinante da exceção nunca assumirá o caráter “autorreferencial”, ou seja, “jamais suspenderá a si própria”, o que, por conseguinte, equivale a dizer que a “*exceção sempre pertencerá ao Direito*”, notadamente porque depende dele para se irradiar (VALIM, 2018, p. 23).

A suspensão do estatuto legal cria um vazio na norma vigente porque deixa de ter valor. Essa lacuna, porém, é abrangida pela vontade soberana que, não obstante esteja dissipada da norma, mas mantenha vínculo, tem valor. A exceção funciona como dispositivo jurídico-político apto a arredar a validade da lei, conservando a sua vigência, em que pese a limite a um significante sem significado, cuja significância seja somente alusiva ao relacionamento de inclusão e exclusão com a excepcionalidade. Os mandamentos legais, diante disso, mantêm-se formulados e, em tese, vigentes, embora não tenham validade. É o que caracteriza, em suma, a exceção, haja vista que não adquiriria o atributo de excepcionalidade se não houvesse regra diversa à sua estatuída no Estado (RUIZ, 2012). O fruto da exceção, contudo, tem validade, mas assume tão só o caráter de força de lei, pois a área de indiscernibilidade na qual se situa – nem interna, nem externa ao *nomos* – não lhe fornece, na esteira agambeniana, o *status* de lei, mas apenas o de força, configurando-se como *lei*<sup>9</sup> (AGAMBEN, 2018, p. 61). Essas ideias de força de lei separada da lei, de vigência sem aplicação, são algumas das ficções das quais, na ótica agambeniana, o direito lança mão no intuito de incluir em si sua própria ausência, apropriando-se do estado de exceção ou, pelo menos, assegurando uma relação com ele.

---

<sup>9</sup> A grafia “*lei*” é considerada, na teoria agambeniana, como acertada em virtude de o estado de exceção definir um “estado da lei” onde “a norma está em vigor, mas não se aplica” porque não tem “força”, ao mesmo tempo, porém, em que atos sem valor de lei detenham a sua “força” (AGAMBEN, 2018, p. 61).

A obscuridade do estado de exceção inviabiliza fixá-lo dentro ou fora do direito. Ele está em um recinto jurídico, embora fático, e fático, não obstante jurídico. O estado de exceção, nessa conformação, não se estabelece, segundo Agamben (2007, p. 26), “como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença”. De um lado, a facticidade não lhe caracteriza porque se origina “pela suspensão da norma” e, de outro lado, com base nessa mesma razão, aliás, a legalidade não lhe retrata porque sequer é “um caso jurídico”, em que pese a chance de viger como lei (AGAMBEN, 2007, p. 26). “*A exceção soberana (como zona de indiferença entre natureza e direito) é a pressuposição da referência jurídica na forma de sua suspensão*” (AGAMBEN, 2007, p. 28). É o que aprova a externalização de atos, com tão só força de lei, marcados, a um, pelo direito e, a dois, pela violência, sem que, por conseguinte, se torne crível identificar a observância, ou não, do estatuto jurídico-político pátrio. Nestes casos,

la propia ley queda suspendida, o bien considerada como un instrumento que el Estado puede poner al servicio de constreñir y delimitar una población dada. El Estado no está sujeto al estado de derecho, pero la ley puede suspenderse o desplegarse táctica y parcialmente para cumplir con los requisitos de un Estado que busca cada vez más dotar de un poder soberano al Ejecutivo y a la administración. La ley se suspende en nombre de la ‘soberanía’ de la nación –entendida como la obligación de cualquier Estado de preservar y proteger su propia territorialidad–. Por este acto de suspender la ley, el Estado queda entonces desarticulado en un conjunto de poderes administrativos que en alguna medida se sitúan en el exterior del aparato del Estado mismo, mientras que las formas de soberanía que resucitan en su interior señalan la persistencia de formas de poder para el Ejecutivo previas a la emergencia del Estado moderno. (BUTLER, 2009, p. 85)

A soberania popular, considerada como um dos atributos vitais do Estado moderno, é cerceada com a instauração da excepcionalidade. O estado de exceção, de acordo com Valim, subverte a idealização da autoridade como mandatária do povo e como sujeita aos ditames constitucionais ao cabo, então, de tomar de “assalto a democracia” e, com efeito, arruinar o arcabouço de direitos humanos (VALIM, 2018, p. 27). Se o estado de exceção atua sobre os valores concebidos como basilares à dignidade da pessoa humana, o resultado não é, porém, necessariamente, a sua abolição, mas, sim, a ausência de validade, posto que, se assim não o fosse, se iria de encontro à essência da exceção no Estado Democrático de Direito e, via de consequência, fomentaria o Estado tão só absoluto ou autoritário e, logo, não excepcional. A obstrução total – formal e material – do rol de direitos humanos tornaria a democracia

obsoleta, ceifando o seu conteúdo e, logo, transfigurando-a, substancialmente, em um *locus* institucional onde a vontade soberana reinaria sem limite.

Impera a necessidade, no entanto, de evidenciar a soberania popular não apenas como reverberação do bem comum. Torna-se contestável a conformação da excepcionalidade na área repressivo-punitiva brasileira. Os atos institucionais afrontosos à normalidade ditada pela Constituição Federal de 1988 e pelos textos infraconstitucionais não, necessariamente, se dirigem em face da vontade dos cidadãos. O recrudescimento do aparelho jurídico-criminal, quiçá, tenha, isto sim, anuência e reivindicação do tecido societal, o que, notadamente, à luz das diretrizes cívico-democráticas da República Federativa do Brasil, não simboliza, a bem da verdade, a soberania popular, posto, aliás, que, em tese, a atuação, tanto social quanto política, deve estar alinhada à Carta Política atual. Isso não deixa de ser, todavia, o desenlace de uma ambição da coletividade, considerada, nitidamente, não como totalidade, mas, talvez, como maioria detentora da ação, isto é, dos cálculos e das estratégias de poder que viabilizam a seletividade e, logo, a emergência do estado de exceção sobre partes do todo.

O Direito Processual Penal é uma das unidades estatais mais afetada com o estado de exceção. O *jus puniendi* vê-se, constantemente, à mercê de atos e de decisões colidentes com o Estado Democrático de Direito e estatuídos, segundo Valim (2018, p. 36), com o intento de meramente legitimar as aspirações autoritárias, cujo desiderato é a consumação da persecução penal como “um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo ao direito de defesa”. As leis excepcionais, recentemente editadas, têm o condão de aumentar – e muito – “o poder jurisdicional de disposição, legitimando arbítrios e abusos”, consoante Luigi Ferrajoli (2002, p. 650). Assim, os poderes Executivo e Legislativo, apesar de serem, caracteristicamente, as arenas de ação e discurso, não sustentam, exclusivamente, a fonte da exceção, mas a dividem com o Judiciário, concebido como “o principal e mais perigoso agente da exceção no Brasil”, principalmente por ser a instituição incumbida de salvaguardar a ordem jurídica nacional (VALIM, 2018, p. 41).

Os regimes democráticos ao redor do mundo foram invadidos com a proliferação da exceção como paradigma da política contemporânea. Para Casara (2019, p. 71), “a violação da normativa constitucional se tornou a regra” no Brasil. Além das esferas administrativa e deliberativa, às quais se deve o “fenômeno de maciça *superação da normatividade*”, o âmbito judicial, de acordo com Valim (2018, p. 51-52), “confere maior gravidade ao estado de

exceção brasileiro” porque se refere, essencialmente, ao “órgão que, em tese, seria a última fronteira de defesa da ordem constitucional”. Assim, a tessitura institucional-social granjeia a excepcionalidade, que, uma vez convertida em continuidade, constitui-se, efetivamente, como arquétipo desta fase histórica, haja vista, aliás, a manutenção, no Brasil, de “uma sociedade profundamente autoritária, hostil aos mais elementares avanços em termos de direitos humanos, o que, naturalmente, *explica a facilidade com que a exceção não só é assimilada, como também dissimulada em seu seio*” (VALIM, 2018, p. 40).

O passado ainda é presente e, quiçá, será futuro. Para Pastana (2009, p. 128), “juízes, delegados e promotores de justiça mantêm viva a chama autoritária, agindo como se fossem os guardiões da lei e da ordem”. Isso envolve, também, o Direito (Processual) Penal. Tem-se, no Brasil, uma “cultura política que há séculos reconhece a violência como linguagem legítima da ação do Estado” e, com efeito, há “vários interditos morais, justificativas de natureza econômica e de modelo de desenvolvimento que impedem que o Brasil se veja como um país desigual, racista e violento” (SINHORETTO; LIMA, 2015, p. 138). Ao descrever a atuação do Poder Judiciário brasileiro, Luiz Eduardo Soares (2019, p. 214-215) salienta:

Essa mesma Justiça, aparelho de hegemonia conectado intimamente ao aparelho repressivo do Estado, avessa às tradições liberais e aos compromissos com o Estado democrático de direito e com a Constituição, prende negros e pobres todos os dias, aos milhares, adotando nítido viés de classe e cor, sem nenhum escrúpulo. Essa mesma Justiça e esse mesmo MP continuam sendo cúmplices, por ação e omissão, de milhares de execuções extrajudiciais que ocorrem no Brasil. Essa mesma Justiça tolera a corrupção política ao longo de décadas – observe-se que o avesso da violação de direitos não é a impunidade, mas o respeito aos procedimentos constitucionalmente estabelecidos e ao devido processo legal.

Evidencia-se, portanto, no Brasil, uma realidade em dissonância com o *nomos* constitucional, visto como o horizonte do Estado e da sociedade. Na visão de Luis Felipe Miguel (2019, p. 181-182), o cenário nacional notabiliza “o desfiguramento da ordem democrática” instaurada com a Carta Política de 1988, a qual, em que pese não tenha sido revogada, “opera de maneira deturpada e irregular, mesmo no que se refere às garantias mais fundamentais”. A presunção de inocência é uma delas. Em outras palavras, “lei e Constituição vigoram – ou não – dependendo das circunstâncias e da interpretação que alguns, dotados desse poder, delas fazem” (MIGUEL, 2019, p. 182). O texto constitucional em curso viabilizou, de acordo com Schwarcz (2019, p. 24-25), a mais extensa duração de um Estado Democrático de Direito no Brasil, mas o “presente anda, mesmo, cheio de

passado, e a história não serve como prêmio de consolação”, razão pela qual “é importante enfrentar o tempo presente, até porque não é de hoje que voltamos ao passado acompanhados das perguntas que forjamos na nossa atualidade”.

O resultado é a construção de um cenário de afronta aos direitos humanos. Por isso, um olhar diferenciado e atento sobre o tema torna-se imprescindível para o alcance de uma nova era, calcada na tutela da vida digna. Nesse sentido, a Tese 9 sobre o conceito de história, retratada em Benjamin (1987), contribui para a formação da consciência e do *mínus* de todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, fundado na igualdade de todos perante a lei:

Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso. (BENJAMIN, 1987, p. 226)

O alerta sobre os dilemas de outrora mantém-se atual acerca do drama estabelecido mediante a seletividade de inúmeras e – por que não dizer – incontáveis vidas a serem decretadas em sua nudez. A tarefa que se propõe, todavia, não é simples. Faz-se necessário visualizar as cenas corriqueiras ou esporádicas com escopo na catástrofe imane aos fatos do passado, na indignação com a constância aos casos do presente e, sobretudo, na perspectiva, não obstante utópica, ao panorama do futuro. Trata-se, essencialmente, da urgência de uma visão contemporânea. O contemporâneo, na definição agambeniana, refere-se àquele que, mantendo-se o olhar fixo no seu tempo, tem a habilidade de “nele não perceber as luzes, mas o escuro”, mormente o tempo seja sempre obscuro a quem tem a aptidão de experimentar o contemporâneo, sendo este, por conseguinte, o seu ser como forma e como conteúdo porque “sabe ver essa obscuridade” e porque, primordialmente, “é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente” (AGAMBEN, 2009, p. 62-63).

O contemporâneo é aquele que consegue se desvencilhar das luzes e desvelar as suas sombras, é aquele que não se deixa conduzir pela aparência da normalidade e escancara a excepcionalidade, é aquele que não se conforma como “vida nua” e se porta como cidadão

e sujeito de direitos. O anjo da história, como figura indispensável à atualidade, é o espelho do constituir-se como contemporâneo. Este, na vertente agambeniana:

[...] não é apenas aquele que, percebendo o escuro do presente, nele apreende a resoluta luz; é também aquele que, dividindo e interpolando o tempo, está à altura de transformá-lo e de colocá-lo em relação com os outros tempos, de nele ler de modo inédito a história, de “citá-la” segundo uma necessidade que não provém de maneira nenhuma do seu arbítrio, mas de uma exigência à qual ele não pode responder. É como se aquela invisível luz, que é o escuro do presente, projetasse a sua sombra sobre o passado, e este, tocado por esse facho de sombra, adquirisse a capacidade de responder às trevas do agora. (AGAMBEN, 2008, p. 72)

O anjo da história e o contemporâneo estampam a resistência necessária ao combate da vulnerabilidade do Estado Democrático de Direito devido à instauração frequente da exceção. O anjo da história e o contemporâneo convocam os seres humanos a assumirem o investimento do poder nas suas vidas e, por conseguinte, enfrentarem os velados – talvez, nem tanto – interesses alheios à Constituição Federal de 1988. O anjo da história e o contemporâneo inserem-se, também, no coração do sistema de justiça penal a fim de vislumbrar horizontes além da mitigação de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Torna-se forçoso, à vista disso, atentar os olhos às marcas deixadas no decurso da história através da intervenção violenta e seletiva do Estado, cada vez mais atuante, como é o retrato do aumento considerável do contingente populacional segregado no Brasil, especialmente a partir do fim do século XX, e empregar esforços com o desígnio de arrostar esse vendaval repressivo-punitivista.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil contemporâneo arraiga-se na sensação de insegurança. Não se trata, porém, de um diagnóstico somente da atualidade, mas, sim, crônico da história nacional. O povo reclama ao Estado a solução dos dilemas securitários que, real ou simbolicamente, amedrontam o dia a dia do país. A resolução envereda, vez ou outra, à colisão com os mandamentos democráticos, o que não é rechaçado pela sociedade, senão, isto sim, aplaudido, com o desenlace de um autoritarismo que, frequentemente, se instala e se reinventa com o intuito de atender aos anseios sociais.

As instituições da democracia tendem, nesse contexto, a entrar em crise, posto que, fiéis aos diplomas legais, não almejam – se é que realmente o pretendam – a harmonia da

coletividade. A partir deste retrato, o Código de Processo Penal (CPP), ao celebrar em 2021 os seus 80 anos, carrega os traços do passado autoritário no presente e – por que não dizer – no futuro. Trata-se do recorte analisado neste texto, que ora se finda, sem o intento, contudo, de encerrar as reflexões sobre o tema.

O fenômeno contemporâneo denominado de expansão do Direito (Processual) Penal apresenta como elemento central a retomada da confiança na capacidade de se solucionarem problemas sociais pela via da intervenção repressivo-punitiva. Todavia, em virtude de os referidos dilemas serem alavancados com as novas tecnologias e as novas formas assumidas pela criminalidade, torna-se consenso o fato de que o Direito (Processual) Penal de cariz liberal, assentado sobre a ideia de proteção aos direitos e garantias fundamentais do acusado, precisa rever as bases sobre as quais se sustenta, dado que se tende a exigir maior “eficiência” na “prevenção” e no “combate” às situações que envolvem a prática delitiva. Nesse sentido, a flexibilização e/ou supressão de direitos e garantias fundamentais assume papel de destaque, pois, não raro, são considerados como “entraves” ao resultado aspirado com a resposta estatal frente ao delito. Isso confere ao movimento expansionista – e mitigador de direitos humanos – um verniz autoritário destoante do pretenso Estado Democrático de Direito.

No Brasil, os discursos sociais afeitos ao recrudescimento da intervenção estatal no tocante ao enfrentamento à criminalidade mediante a relativização de direitos e garantias fundamentais têm sido, historicamente, marcantes no ciclo autoritário e democrático do Direito (Processual) Penal. A presunção de inocência, assegurada na Constituição Federal de 1988, encontra-se no rol basilar de direitos humanos em relação à persecução criminal, não obstante tenha sido, recentemente, matéria de intensos – e contraditórios – debates no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade, ou não, de cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tem-se, neste caso, a evidência das sinuosidades discursivas e das vulnerabilidades dos mandamentos concebidos como fundamentais aos seres humanos na atuação do Poder Judiciário. Logo, os valores democráticos do atual *nomos* constitucional, consubstanciado nos direitos humanos, têm sido arrostados, eventual ou costumeiramente, com os traços autoritários da história.

O sistema de justiça penal, a partir do estudo empreendido nesta pesquisa, convive com a indiscernibilidade entre autoritarismo e democracia. O Poder Judiciário estrutura-se e

manifesta-se, com efeito, como antídoto e veneno em relação à (in)efetivação do atual texto constitucional. Os reflexos na persecução criminal evidenciam isto: a maximização do interesse coletivo em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais. Elaborado sob os ideais autoritários em 1941, o CPP, material e/ou formalmente, mantém acesa a chama em direção contrária às luzes do Estado Democrático de Direito delineado em 1988. Portanto, o anjo da história e o contemporâneo exibem-se como horizontes de resistência ao combate da debilidade do Estado Democrático de Direito devido à instauração, eventual ou costumeira, da excepcionalidade no seio do Direito (Processual) Penal. O anjo da história e o contemporâneo conclamam à iniciativa de enfrentar os atentados aos direitos humanos com o intuito, à vista do exposto, de arrostar o vendaval repressivo-punitivista no Brasil. Impelidos para o futuro, sim, mas de olhos arregalados, expressão estarrecida, a olhar para o passado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. 6. reimp. São Paulo: Boitempo, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2017.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

AVRITZER, Leonardo. *O pêndulo da democracia*. São Paulo: Todavia, 2019.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Da desigualdade à indiferença, o samba de uma nota só nas penitenciárias brasileiras. Entrevista a Leslie Chaves e Ricardo Machado. *IHU On-line – Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, ano XV, n. 471, p. 30-36, 31 ago. 2015. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao471.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. Tradução de Sergio Paulo Rouanet. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização – Junho de 2017*. Organização de Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Julho a Dezembro de 2019*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF*. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 152.752/PR*. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outros. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BUTLER, Judith. *Vida precária: el poder del duelo y la violencia*. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: VANZOLINI, Maria Patrícia et al (Org.). *Mini Vade Mecum Penal: legislação selecionada para OAB*,

concursos e prática profissional. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 357-366.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721/1636>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Fomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; JOFFILY, Tiago. Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao Estado penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 152, p. 383-422, fev. 2019. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em: 23 dez. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias*. Concepção e coordenação técnica de Renato Sérgio de Lima. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/04/FBSP\\_indice\\_propensao\\_apoio\\_posicoes\\_autoritarios\\_2017\\_relatorio.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/04/FBSP_indice_propensao_apoio_posicoes_autoritarios_2017_relatorio.pdf). Acesso em: 27 dez. 2020.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução e organização de Roberto Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte 1*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 13. impr. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LATTMAN-WELTMAN, Fernando. 30 anos esta noite: velhos e novos desafios à democracia no Brasil. *Locus: Revista de História*, Juiz de Fora, v. 24, n. 2, p. 331-356, 2018.

Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20883/11257>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. *O colapso da democracia no Brasil: da constituição ao golpe de 2016*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Expressão Popular, 2019.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2012.

NEDER, Gizlene. Cultura, poder e violência. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*. São Paulo, n. 1. p. 17-30, 2009.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/28601>. Acesso em: 24 jul. 2019.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. *Cadernos IHU*, ano 10, n. 39. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 5, n. 1, p. 119-141, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/299/131>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SOARES, Luiz Eduardo. *O Brasil e seu duplo*. São Paulo: Todavia, 2019.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.) Apresentação. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. 2. reimp. São Paulo: Contracorrente, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.