

ESTADO DE EXCEÇÃO E PROCESSO PENAL: O JUIZ COMO “SOBERANO” NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

*STATE OF EXCEPTION AND CRIMINAL PROCEDURE: THE JUDGE AS
"SOVEREIGN" IN THE BRAZILIAN LEGAL-CRIMINAL ORDER*

Fernando Vecchi¹

Marcos Eugênio Vieira Melo²

Resumo: Este artigo analisa o Estado de Exceção, desde os clássicos Carl Schmitt e Walter Benjamin até Giorgio Agamben, e sua relação com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, uma vez que o Código de Processo Penal no Brasil foi concebido em uma época autoritária com normas que dão ampla discricionariedade para os juízes, o que faz eles serem o soberano dentro do processo, decidindo sobre a exceção sem que a regra seja excluída. O estudo também abarca as principais justificativas para o Estado de Exceção e a discricionariedade do magistrado, qual seja, respectivamente, a insegurança e o medo da população, e os mitos da busca da verdade real e do livre convencimento no processo penal.

Palavras-chave: Estado de exceção; Poder soberano; Processo penal; Verdade real; Livre convencimento.

Abstract: This article analyzes the State of Exception, from the classics Carl Schmitt and Walter Benjamin to Giorgio Agamben, and its relation with the Brazilian legal-penal system, since the Criminal Procedure Code in Brazil was conceived in an authoritarian era with rules that give wide discretion to the judges, which makes them sovereign in the process, deciding on the exception without the rule being excluded. The study also covers the main justifications for the State of Exception and the discretion of the magistrate, namely, insecurity and fear of the population, and the myths of the search for real truth and free conviction in criminal proceedings

Key-words: State of exception; Sovereign power; Criminal proceedings; Real truth; Free convincing.

1 Introdução

O Estado de Exceção ganha importância a partir da primeira metade do século XX, ocasião em que insurgia os movimentos totalitários do fascismo e do nazismo. Os autores mais importantes sobre o assunto na época foram Carl Schmitt e Walter Benjamin, que revolucionaram as teorias do Estado e da Constituição, inserindo a exceção dentro do ordenamento jurídico sem com isso revogá-lo.

Mais recente, Giorgio Agamben retorna a questão do Estado de Exceção introduzindo o pensamento da biopolítica de Michel Foucault e adequando-o à atualidade.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Mestrando no curso de Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro e pesquisador do Grupo de Criminologia Crítica Latino-americana da UNESC. Membro e pesquisador do grupo Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição, do(a) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT/AL.

O presente trabalho visa analisar o Estado de Exceção no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação ao processo penal, visto estar este na linha tênue do autoritarismo, bem como porque “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos segmentos corporativos ou autoritários de sua constituição” (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 161).

Vale (re)lembrar portanto que o Código de Processo Penal foi idealizado em um tempo autoritário e com normas inquisitivas que dão amplo poder ao magistrado.

Far-se-á, assim, uma breve introdução do pensamento de soberania e exceção em Carl Schmitt, bem como sua teoria da constituição, analisando, em contraposição, o Estado de Exceção benjaminiano, destacando-se a violência, sua relação com o direito, e a violência anômica. Após, verificar-se-á junto com o pensamento de Agamben como essas teorias atuam na contemporaneidade.

Depois, será analisado como a mentalidade inquisitória afeta o ordenamento jurídico-penal brasileiro, especialmente o Código de Processo Penal, através dos artigos 155 e 156 e se perpetua por meio de mitos processuais penais como o da busca da “verdade real” e do livre convencimento, abrindo espaço para uma ampla discricionariedade do julgador, ao ponto dele poder ser considerado o “soberano” dentro do processo.

Por fim, serão examinados os discursos da insegurança e do medo, que na conjuntura atual são considerados justificativas para a promoção e utilização de exceções dentro do ordenamento jurídico.

2 Estado de exceção e poder soberano: de Carl Schmitt à Giorgio Agamben

O conceito de soberania desenvolvido por Carl Schmitt³ está presente logo no início de seu Teologia Política: “Soberano é aquele que decide o estado de exceção, suspendendo a ordem jurídica”. Essa definição contrapõe-se ao positivismo jurídico, pois coloca o Estado não mais identificado com a legislação, mas com a sua fundação e suspensão.

Entende-se, nesse sentido, que a ordem jurídica vigente se origina da decisão desse soberano e disso decorre a sua permanência fora de seus limites e a possibilidade de suspender essa ordem. O poder constituinte, assim, é uma vontade política capaz de tomar a decisão sobre a espécie e a forma da existência política, podendo, com isso, violar as leis constitucionais sem prejudicar a vigência da própria Constituição (SCHMITT, 2006, pp. 7-8).

³ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Vozes, 2006, pp. 7-8.

Contudo, Schmitt não pretendia exhibir uma nova ideia do que era a soberania, ou mesmo sua ligação direta com o problema da Constituição, seu foco está nos casos limites, no problema dos meios de efetivação da vontade daquele que deve tomar as decisões que dizem respeito a aspectos essenciais da vida política, como por exemplo a segurança e o interesse público (MORAES, 2015, p. 71).

O que há, na concepção do autor, é uma inversão nas ideias tradicionais de Estado e soberania, colocando-se o poder soberano não mais como decorrente de uma ordem constitucional, mas como criador desta, estando ao mesmo tempo dentro e fora dela, possibilitando excepcionar essa ordem sem extingui-la, por razões determinadas pelo próprio soberano (BIGNOTTO, 2008, p. 405).

Nas suas palavras: “O soberano se coloca fora da ordem jurídica vigente, porém, a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa em sua totalidade” (MORAES, 2015, p. 72). Portanto, trata-se de um espaço neutro, paradoxal, em que a ordem jurídica traz o soberano de fora para dentro da cena política/jurídica com o risco dela mesma ser extinta ou suspensa.

Este espaço, porém, não pode se confundir com a anarquia e o caos, pois o Estado subsiste, suspendendo o direito em virtude de uma autoconservação através de uma decisão que não está presa a nenhuma obrigação normativa, ou seja, é uma decisão em “estado puro” (SCHMITT, 2006, p. 8).

Deste modo:

Todo Direito é direito situacional. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão. Nisso repousa a natureza da soberania estatal que corretamente deve ser definido, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral ainda a ser desenvolvida. O Estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente) a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito (SCHMITT, 2006, p. 14).

Logo, percebe-se que para o autor alemão a figura do legislador e a do soberano se encontram e se fundem em uma só pessoa, colocando características de diferentes atores políticos em um único sujeito, dando a ele amplos poderes e retirando todos os seus limites (BIGNOTTO, 2008, p. 404).

Por outro lado, em sentido oposto ao de Carl Schmitt, Walter Benjamin (BENJAMIN, 1994, p. 22) afirma que o Estado de Exceção não se trata de uma decisão do poder soberano, mas na verdade ele seria a regra geral.

Para chegar a essa conclusão, Benjamin defende que a violência não é um meio para se chegar a um fim (independente se for justo ou injusto), o que afirmam o direito natural e o direito positivo, mas sim destituída de qualquer finalidade, o que ele chamou de violência anômala (BENJAMIN, 2016, p. 5). Com isso, como não há possibilidade de distinção entre essas violências, também não é possível a diferenciação entre o Estado de Exceção e a regra, pois no direito moderno a violência, como exceção, o constitui. Deste modo, o soberano não mais decide sobre a exceção que, independentemente de qualquer decisão, já está implantada (MORAES, 2015, p. 75).

Já Giorgio Agamben, principal autor do Estado de Exceção contemporâneo, baseado principalmente no pensamento de Foucault (2008, p. 164), fundamenta sua teoria do Estado de Exceção no contexto do biopoder e da biopolítica. Ele sustenta que todo poder repousa em última instância sobre a capacidade de um de tomar a vida do outro – é um poder sobre a vida, fundamentado na possibilidade de reforço da morte. Agamben caracteriza este poder por referência à metáfora do *homo sacer* – figura na lei romana cujos crimes tornaram seu sacrifício impossível, mas que poderia ser morto impunemente. Como esta figura, que é reduzida do *bíos* – basicamente, o modo de vida próprio a um indivíduo ou grupo em uma comunidade política – ao *zōé* – “vida nua” -, ele sugere que o nascimento do biopoder na modernidade marca o ponto no qual a vida biológica dos sujeitos entra na política e pertence inteiramente ao Estado (RABINOW, 2006, p. 33).

Assim, a partir da modernidade e, sobretudo, na contemporaneidade, quando o Estado de Exceção passa a se tornar regra, o espaço da vida nua, situado originalmente à margem do ordenamento, vem a coincidir com o espaço político e, assim, exclusão e inclusão, *zōé* e *bíos*, direito e fato entram em uma zona amorfa e tornam-se indistinguíveis. Este espaço Agamben chama de “campo de concentração”, que é o espaço biopolítico por excelência, pois ao embaralhar estas categorias, o poder soberano tem diante de si uma vida nua sem qualquer mediação, totalmente desqualificada, à mercê de um poder que no limite, é um poder de morte (AGANBEM, 2002, p. 16).

Portanto:

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica a exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão (AGANBEM, 2002, p. 25).

Com efeito, a distinção da *vida nua versus existência política* permite a compreensão do Estado de Exceção atual, que não mais consiste na plena distinção entre as relações regidas pela lei e as excepcionais, visto que no próprio ordenamento jurídico há a instituição de mecanismos de mitigação ou suspensão da proteção do cidadão por direitos constitucionalmente garantidos⁴. Além disso, não existe a plena dicotomia exceção-normalidade, que se confundem na atualidade (no sentido de Benjamin), sendo o principal exemplo os meios de combate à criminalidade com fundamento na insegurança ou na ordem pública, que não é uma ideia excepcional, mas inerente à contemporaneidade (MORAES, 2015, p. 81).

Com isso, é possível entender os conceitos apresentados pelo jurista alemão Carl Schmitt e pelo filósofo italiano Giorgio Agamben convergirem, salvaguardando as suas diferenças conceituais e políticas, na ideia de que soberano é aquele que decide no estado de exceção, ou seja, que na tradição política e jurídica ocidental, desde as origens da civilização ocidental a exceção é uma prática normal de governo.

Portanto, pode-se entender que o Estado de Exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, mas pertence a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam e a suspensão da norma não significa sua abolição (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Nas palavras de Agamben (2004, p. 61-63):

O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei⁵ (...) é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção.

⁴ A Constituição brasileira traz a possibilidade do Estado de Defesa no artigo 136 e do Estado de Sítio nos artigos 137 a 140.

⁵ No mesmo sentido, Jacques Derrida entende que o direito só se transforma em um direito justo quando existe força de lei na própria lei e não em institutos que usurpam o lugar da lei: “Não obedecemos às leis porque elas são justas mas porque elas têm autoridade. Elas têm autoridade porque lhes damos crédito. Este crédito repousaria (...) no fundamento místico da autoridade (...) em ficções legítimas sobre as quais nosso direito funda a verdade de sua justiça. Este momento fundador, de inaugurar o direito, aplicar a lei, consiste num golpe de força, numa violência performativa e interpretativa que nela mesma não é justa nem injusta”. Ver DERRIDA, Jacques. **Força de lei: fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21.

Neste sentido, podem-se citar como exemplos de medidas que tem “força de lei” mas não são lei as Medidas Provisórias⁶ e as Decisões Judiciais⁷.

Assim, esse espaço vazio de direito (essa zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas), que caracteriza o estado de exceção, faz com que os atos cometidos durante ele não tenham uma definição jurídica certa (pois não são nem executivos, nem legislativos), o que torna essa indefinibilidade a ideia de uma força de lei, como se a suspensão da lei liberasse uma força ou um elemento místico (AGANBEM, 2004, p. 78-79).

3 O sistema jurídico-penal brasileiro e o julgador: o caráter autoritário do Código de Processo Penal Brasileiro

Apesar da Constituição brasileira de 1988 trazer direitos e garantias individuais contra o autoritarismo estatal e um processo penal democrático, bem como terem existido algumas recentes reformas pontuais do Código de Processo Penal que tentaram adequá-lo à Constituição e ao Estado Democrático de Direito, ele continua com sua essência autoritária e inquisitória, colocando o julgador como o “ente soberano” do processo.

É o que se vê em análise da redação do artigo 156 do CPP brasileiro dado pela Lei 11.690/08 que é claro em evidenciar que o juiz poderá produzir provas desde a fase instrutória:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, *facultado ao juiz de ofício*:

I – *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;*

II – *determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (grifos nosso).*

Isso mostra que mesmo após a Constituição de 1988 o juiz é considerado o “senhor do processo”, podendo buscar e produzir provas a qualquer momento (tanto na fase investigativa, como na fase processual), o que o faz sobremaneira a ter uma tendência acusatória, e ao final o

⁶ As Medidas Provisórias estão inseridas na Constituição brasileira no art. 62: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. Trata-se de recurso legislativo de que lança mão o Poder Executivo no exercício de seu poder, caracterizando-se como instrumentos legislativos de exceção, que no caso brasileiro crescem vertiginosamente desde a promulgação da Constituição de 1988, transformando o Chefe do Poder Executivo em legislador.

⁷ O entendimento preponderante é que as decisões do Poder Judiciário têm força de lei nos limites das lides e das questões decididas. É o que assevera o art. 503 do Código de Processo Civil: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. O problema é quando os julgadores (principalmente o STF) se apropriam da função legislativa e modificam o entendimento de uma lei para que se adequem ao que eles “acham que é melhor”.

mesmo juiz que irá julgar (ou acertar) o caso é aquele que buscou as provas (COUTINHO, 2009, p. 111).

Ademais, a faculdade instrutória conferida ao juiz pelo artigo 156 é um resquício inquisitorial da Era Vargas, forjado na concepção de presunção de culpabilidade, a qual, não obstante não tenha sido expressamente utilizada pelo CPP, foi por ele assimilada, o que se averigua na Exposição de Motivos que o antecipa, que, ao referir-se a “criminosos” ou “os que delinquem”, deixa entender orientação no sentido de que os indivíduos submetidos ao processo são presumidamente culpados (GIACOMOLLI, 2008, p. 9).

Esse resquício inquisitorial e autoritário está espalhado não somente por toda legislação brasileira⁸, incluindo o Código de Processo Penal, mas principalmente através da prática forense decorrente de uma mentalidade inquisitória⁹ que aflige os atores do processo, ao passo que mesmo quando há uma tentativa de adequar o processo penal a um modelo democrático, os intérpretes acabam “dando um jeitinho” para servir aos seus interesses¹⁰.

Essas interpretações *à brasileira* acabam por ter respaldo dos difundidos mitos autoritários do processo penal, o que terminam instrumentalizando o controle social por meio da repercussão no *status libertatis* do acusado e da restrição de seus direitos fundamentais. Assim, “os recursos aos mitos autoritários, sempre dogmáticos, coletivos e alienantes, aliás, integra o movimento de reação às reformas processuais penais” (CASARA, 2015, p. 64).

Com isso, o mito penal é o elemento do discurso que trata o poder penal, fundado na crença funcional ao sistema penal em que preenche um vazio dogmático, produzindo efeitos na liberdade de alguém. Trata-se, portanto, “de mitos que, como todos os outros, são dogmáticos, coletivos, ahistóricos e funcionalmente úteis ao sistema para o qual nascem e produzem seus efeitos” (CASARA, 2015, p. 87).

⁸ Nesse sentido, Christiano Fragoso em estudo sobre o autoritarismo no sistema penal contemporâneo, afirma que há uma similitude entre os sistemas penais da Alemanha nazista e do Brasil dos dias de hoje, aduzindo que no sistema brasileiro o discurso autoritário é velado através de formulações abertas e ambíguas (FRAGOSO, 2015, p. 43).

⁹ Para melhor aprofundamento da mentalidade inquisitória no processo penal ver: COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil, vol. 1. Florianópolis: Empório do direito, 2016 e COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

¹⁰ Como exemplo no processo penal brasileiro tem a mudança do art. 212 com a Lei 11.690/08 que retira do protagonismo do juiz o interrogatório das testemunhas e coloca às partes. Porém, isso não ocorre na prática e os juízes continuam sendo os protagonistas nas perguntas as testemunhas, inclusive na falta dos membros do Ministério Público, tendo o aval dos Tribunais que mascaram essa prática inquisitória colocando-a como mera nulidade relativa, ou seja, utilizam um argumento retórico para dizer que não há prejuízo a nenhuma das partes, e portanto não há nulidade (sic).

Assim, têm-se como dois dos principais mitos do processo penal brasileiro que mantém o autoritarismo e a mentalidade inquisitória dentro do processo, aumentando assim os poderes do julgador: o mito da “verdade real” e o mito do “livre convencimento”.

Compreende-se o mito da verdade real, primeiramente, como sendo o principal argumento da gestão das provas nas mãos do julgador. Porém, sabe-se que esse mito serve para justificar um Estado autoritário em que as garantias dos acusados são atropeladas por juízes tendenciosos e despreparados. Assim, tem-se a verdade real somente como “empulhação ideológica que serve para acalmar a consciência de acusadores e julgadores” (ROSA, 2014, p. 177).

É de se ressaltar que essa busca da verdade não é (ou não deve ser) o elemento primordial do processo penal e não pode ser colocada no seio do sistema penal. Entende-se o processo como um dispositivo articulador de vária ordem, um dos quais é o valor da verdade. Porém, existe uma desproporcionalidade no lugar que ela ocupa dentro do processo penal (MARTINS, 2013, p. 65).

Tem-se ainda que a verdade real é impossível de ser obtida, não só porque é excessiva, senão porque constitui em erro falar em real quando se está diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, pois o real só existe no presente e o crime é passado, logo, no campo da memória, do imaginário (LOPES JUNIOR, 2011, p. 553).

Com efeito, quando o juiz sai de sua inércia para procurar determinada prova o que se encontra fora do sujeito-juiz não é *A-Verdade*, mas no máximo um acontecimento, acontecimento este que, ao se tratar da questão criminal, encontra-se no passado, visto todo crime ser fato histórico, sendo possível apenas o encontro do(s) vestígio(s) do acontecimento (KHALED JR., 2015, p. 166-184).

O processo, assim, perde seu caráter democrático na produção da prova e cede espaço para a evidência, que é “o que dispensa prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade” (MARTINS, 2013, p. 4).

Com isso, é possível alegar com Salah Khaled Jr. (2013, p. 166-167) que “o discurso da verdade correspondente – e da busca da verdade em geral – conforma um artifício argumentativo inteiramente falacioso, tributário de um gênese espúria que seus defensores insistem em não (re)conhecer” mas que “concretamente produz infinitos e calamitosos problemas no que deveria ser o devido processo legal, favorecendo aos desígnios do poder punitivo”.

Pode-se dizer, portanto, que ao agir como parte o juiz se deixa levar pelo caráter alucinatório da evidência e se torna uma espécie de *megaparte* dotada do poder de decidir a situação jurídica em questão. Assim, por fim, legitimado pelo mito da busca da verdade real, ele se afasta de sua imparcialidade e flerta com a contaminação da evidência, dando um ponto final a um modelo democrático de processo penal.

Já, por outro lado, o mito do livre convencimento é outra forma de aumentar os poderes do juiz no processo penal, influenciando na ocorrência de um processo penal de mentalidade inquisitória e será tratado no próximo tópico.

3.1 O artigo 155 e a abertura do “livre convencimento”: o juiz como o intérprete solipsista

O artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro¹¹ apresenta ao mundo jurídico criminal o princípio do “livre convencimento” do julgador. Através dele o magistrado poderá “escolher” quais as provas que ele irá admitir e em quais provas ele irá fundamentar sua decisão, fato que se agrava porque o próprio juiz tem a faculdade de ir atrás desta prova (como visto anteriormente no art. 156).

Nesse contexto, no que tange à questão dos modelos de apreciação das provas pelo juiz, grande parte da doutrina brasileira se limita a optar pelos já existentes (quais sejam: o modelo da íntima convicção; o modelo da prova legal; e o modelo da livre apreciação da prova), como se o problema estivesse apenas em optar por um deles e não em superá-los:

Há certo consenso no sentido de que o modelo da livre apreciação da prova seria “mais democrático” (sic) que o modelo da prova legal, uma vez que, nesse último, o juiz e as partes ficariam reféns de uma hierarquia valorativa das prova estipulada pela própria lei – pelo legislador, portanto – enquanto que, no sistema do livre convencimento, há uma maior liberdade de conformação por parte do juiz que pode “adequar” (sic) a avaliação da prova às circunstâncias concretas do caso. Desse modo, vem à tona a conclusão – precipitada – de que o modelo da livre apreciação da prova seria aquele que se amoldaria melhor ao processo penal acusatório (STRECK, 2009, p. 118).

Contudo, esta questão vai muito mais além da escolha de um desses modelos. Trata-se de uma questão complexa que abrange a passagem da filosofia da metafísica clássica, à filosofia da consciência até se chegar à filosofia da linguagem (giro linguístico) e a abordagem

¹¹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova* produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifo nosso).

que o sistema jurídico faz em relação a estes modelos, principalmente em relação as decisões dos juízes.

Entende-se que Aristóteles foi o principal expoente da filosofia da metafísica clássica. Ele entendia que a filosofia tem por objetivo desvendar os princípios básicos que regem o mundo, privilegiando as ciências teóricas e práticas, buscando estudar o ente enquanto ente – ontologia – e sua aplicação no mundo (STRECK, 2013, p. 13). Com o iluminismo e a entrada na modernidade, ocorreu a superação deste objetivismo e a busca da explicação dos fundamentos do homem. O homem não é mais sujeito às estruturas, mas passa a “assujeitar” as coisas, nascendo, assim, o subjetivismo e o que se denomina esquema sujeito-objeto - filosofia da consciência -, em que o mundo passa a ser explicado pela razão (Descartes e Kant) e ocorre o nascimento do Estado Moderno (STRECK, 2013, p. 13-14).

A passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem dá-se no século XX com o que se chamou de giro linguístico, tendo como principais expoentes Heidegger e Gadamer. Neste novo paradigma, “a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade”, assim, “a linguagem é o que está dado e, portanto não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento (STRECK, 2013, p. 17)¹².

No campo jurídico, o exercício da jurisdição continua atrelado aos paradigmas das duas primeiras filosofias (metafísica clássica e consciência), não tendo ocorrido a recepção do giro linguístico¹³. Isto quer dizer que, em relação a decisão judicial, as teorias voltam-se ao objetivismo e ao subjetivismo na interpretação (modelos da prova legal ou livre apreciação da prova, respectivamente) e a aplicação do direito é realizada por alguém solipsista, que, julgando

¹² Trata-se de uma questão complexa que não queremos exaurir neste trabalho e corre o risco de ser simplificada. Para um maior aprofundamento sobre o tema ver STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³ “A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que ‘simplifica’ o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. O positivismo ainda é a regra. A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais) considera o Direito como uma mera racionalidade instrumental. Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir de reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. (...) A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrina pelos tribunais” (STRECK, 2009, p. 78-79).

com a sua consciência¹⁴, crê estar decidindo corretamente as questões que lhe são propostas (LUIZ, 2013, p. 35).

Ocorre que a interpretação não pode ser uma atividade livre e discricionária, mas uma interação dialógica entre o intérprete e o texto por meio de uma participação mútua entre um meio comum na história e na linguagem¹⁵. Isto é, nem o texto (prova legal) nem o intérprete (livre apreciação da prova pelo juiz), independentemente, determinam o significado da norma, mas ambos contribuem conjuntamente para a determinação do significado. Com isso, ocorre a superação do esquema sujeito-objeto e a entrada da relação sujeito-sujeito (intersubjetiva) e a resposta adequada a cada caso (LUIZ, 2013, p. 35-36).

Assim, percebe-se que as teorias das decisões judiciais não superaram o grande problema do positivismo: a discricionabilidade judicial. Em uma democracia não se pode depender da consciência de uma pessoa (ou de algumas pessoas) para a resolução de qualquer problema, ou, em outras palavras, não se pode substituir o direito e (em alguns casos) a própria Constituição (documento simbolizante do pacto democrático) para atender ao que intérprete (magistrado) “ache melhor” (LUIZ, 2013, p. 40).

A decisão do julgador, portanto, não pode se dar a partir de uma escolha¹⁶, mas a partir de algo que se antecipa, e este algo é aquilo que a comunidade constrói como direito, ou seja, a decisão não se apresenta como uma escolha das diversas possibilidades de solução que o julgador tem, e sim por um processo que este deve estruturar sua interpretação (mais adequada) de acordo com o direito projetado pela comunidade política (STRECK, 2012, p. 16).

¹⁴ Como afirma Lenio Streck: “Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com a sua consciência’ ou ‘seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei’. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes” (STRECK, 2013, p. 20).

¹⁵ Eros Roberto Grau faz interessante analogia neste sentido, em relação as artes alográficas e artes autográficas: “Nas artes *alográficas* (música e teatro) a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Nas artes *autográficas* (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra. (...) O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele imposto pelo legislador. A *completude* do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete (GRAU, 2013, p. 35-36).

¹⁶ É preciso deixar claro a diferença entre decisão e escolha no sentido aqui exposto. Decisão (jurídica) “*não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece a mais adequada*”, isto é, “a escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades (...) Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionabilidade*. (...) Ora, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (...) Portanto, e isso é definitivo, *a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda*. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política” (STRECK, 2013, p. 107-108).

Além disso, importante salientar que os sistemas processuais têm impacto nestas questões, pois o princípio inquisitivo (adotado pelo nosso Código de Processo Penal) “está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto”, enquanto o princípio dispositivo é o modo de aplicação igualitária do direito processual penal, não existindo “dono da prova” (STRECK, 2012, p. 44-45). É possível afirmar, com isso, que no sistema com princípio inquisitivo o sujeito é o “senhor dos sentidos”, o “assujeitador” das coisas e do processo, exurgindo na produção da prova de ofício e da prevalência do princípio do livre convencimento do juiz (art. 155 do CPP), dependendo do que o juiz pensa e escolhe (STRECK, 2012, p. 45).

Com o acima exposto, fica claro que entendemos que “o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja”, nem aquilo que o Tribunal ou seus integrantes dizem que é, uma vez que, em plena vigência da constituição de 1988, o resultado do processo dependerá da consciência de um juiz, enquanto a gestão da prova se dará por um juiz inquisitivo e não por critérios intersubjetivos através do devido processo legal (STRECK, 2013, p. 25-26).

O grande problema dessa questão em relação ao processo penal, principalmente à gestão de prova, é o “livre convencimento” do julgador (art. 155 do CPP), ou melhor, o limite a este “livre convencimento”, pelo fato de não adiantar ter um novo modo de gestão da prova se no final a decisão ficar a cargo de um “inquisitor que possui livre convencimento” (STRECK, 2013, p. 50).

Isso está em evidência no direito brasileiro, quando grande parte da doutrina e dos julgadores utilizam os princípios¹⁷ para fundamentar determinadas decisões, fortalecendo ainda mais o protagonismo judicial. Utiliza-se demasiadamente os chamados *standards* argumentativos, que, na maioria das vezes são para driblar o que se ficou estabelecido pela produção democrática do direito, através da legislação (STRECK, 2012, p. 91). Expressões como “ponderações de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, aparecem constantemente em decisões de juízes monocráticos ou em Tribunais (STRECK, 2013, p. 51).

Entende-se estas expressões, inclusive a *ponderação à brasileira*¹⁸, como uma máscara para encobrir a discricionariedade e a subjetividade do julgador (STRECK, 2012, p.

¹⁷ Lenio Streck utiliza a palavra panprincipiologismo para indicar esse fenômeno de “principializar” todos e quaisquer *standards* jurídicos, sem nenhuma preocupação em relação a sua normatividade, utilizando-os como álibis teóricos para que o intérprete, quando a Constituição ou as leis não dizem o que ele gostaria, impor aquilo que ele queira que elas digam (LUIZ, 2013, p. 68).

¹⁸ Em análise sobre a teoria de Robert Alexy, Humberto Ávila afirma que: “os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal

95), além de trazer situações de absoluta insegurança e incerteza (GRAU, 2013, p. 23). No processo penal brasileiro, especificamente, essas expressões vagas são comumente empregadas desde a elaboração do Código de Processo Penal, até a sua vigência em 1941 (MALAN, 2015, p. 57).

Termos como ordem pública e ordem econômica (art. 312 do CPP), além da busca da “verdade real”, dão uma margem muito ampla para que os julgadores possam decidir da maneira que acharem conveniente determinado caso ou prova dentro do processo. De tal modo, é evidente que não se está dando uma “carta branca” para o juiz agir de forma arbitrária, mas abre margem para a discricionariedade (GOMES FILHO, 2013, p. 116), que, juntamente com a possibilidade de fundamentos rasos e a ponderação, faz-se com que o magistrado tenha um o poder de fazer (quase) o que quiser dentro do processo.

Assim, o livre convencimento não passa de um mito, uma ficção, que assim como a verdade parte da crença de que o sujeito pode julgar de acordo com sua consciência, um conteúdo aparente que ocupa um lugar que antes ficava vazio na dogmática processual penal (CASARA, 2015, p. 183).

3.2 Insegurança e emergência: discursos de justificativas do estado de exceção

Através do processo de globalização o mundo contemporâneo está cada vez mais complexo, o que propicia um sentimento de incerteza perante a imprevisibilidade das relações sociais. É através dessa incerteza que nunca se teve tanto medo¹⁹ e tanta insegurança, principalmente em relação as novas modalidades de criminalidade, quais sejam, as relacionadas ao crime organizado (na América Latina o tráfico de drogas²⁰) e ao terrorismo. O destaque dado

Constitucional alemão, Alexy demonstra a relação de tensão e colisão entre os princípios: nesse caso a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência” (ÁVILA, 2011, p. 37). Na *ponderação à brasileira*, contudo, o julgador pondera quando quer relativizar algum princípio ou até mesmo regra dentro do ordenamento jurídico pra utilizá-lo no sentido que ele quer julgar, desfigurando, assim, a própria teoria de Alexy.

¹⁹ Pode-se afirmar que desde a sua origem o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada sobre um preconceito que impõe medo. Nesse sentido, cumpre observar que o medo se comporta como um meio fundamental de definição dos princípios da ordem e das causas da desordem (ZAFFARONI, 2007, p. 34).

²⁰ Com a proposta de combate à figura do traficante sancionavam-se leis, muitas delas configurando uma legislação penal de exceção análoga às que eram empregada contra o terrorismo, as quais multiplicavam verbos seguindo uma técnica legislativa norte-americana, misturavam autoria e participação, ignoravam o princípio da ofensividade, desconhecendo a autonomia moral pessoal e apenavam enfermos e toxicodependentes. Além do mais, no campo processual, essas leis antidrogas sancionadas introduziram alguns elementos inquisitoriais, os quais favoreceram a resistência dos tribunais em reconhecer os excessos de prazo das prisões preventivas, às nulidades processuais e às questões atinentes às provas consideradas ilícitas (ZAFFARONI, 2007, p. 52).

aos riscos/perigos desta criminalidade provoca um alarmismo sem justificativa em relação à segurança, que provoca um clamor popular por uma maior presença das instâncias de controle social, e o sistema penal, principalmente o seu sistema punitivo, é chamado para responder eficazmente aos anseios por mais segurança.

Este cenário traçado por esse Direito Penal do risco, somado às violações e distorções aos princípios do sistema penal, faz emergir o Direito Penal do inimigo²¹ e o modelo da Tolerância Zero, que apoia uma repressão forte a qualquer tipo de delito, mesmo os irrelevantes, baseado no fundamento de que a impunidade desses incentivam os crimes mais graves.

Neste contexto, Giorgio Agamben (2004, p. 12-13) afirma que desde o Estado Nazista consolidou-se o discurso da emergência como forma jurídica, que se definiu como uma “guerra civil legal”, no qual Hitler quando chegou ao poder sancionou o Decreto para Proteção do Povo e do Estado, suspendendo uma parte da Constituição referente aos Direitos Fundamentais, que não veio a ser revogada durante todo o período do Terceiro Reich, considerando, desta forma, um Estado de Exceção permanente que durou 12 anos.

Com isso, essas práticas emergenciais instauraram os alicerces de um autoritarismo contemporâneo que, principalmente em períodos em que a sensação do medo e da insegurança está elevada, tornam-se um recurso dos Estados modernos (inclusive dos formalmente democráticos) quando querem controlar determinados grupos, que para eles nada agregam ao sistema econômico e/ou político.

É nesse sentido que os Estados tentam regulamentar o Estado de Exceção mediante a constitucionalização do *direito de necessidade estadual*, para inibir a utilização de princípios de necessidade supraconstitucionais, suscetíveis de manipulação a favor da segurança e ordem pública e outros conceitos vagos. Produzem-se o que Canotilho chama de *estrutura de exceção* mediante a previsão e a delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional no caso de situações que não podem ser eliminadas ou combatidas pelos meios constitucionalmente previstos (MORAES, 2015, p. 83).

Porém, o Estado de Exceção nas democracias contemporâneas extrapola a própria normatização constitucional, principalmente quando existe a justificativa de defesa da ordem constitucional contra as formas de criminalidade organizada, além de generalizar o paradigma da segurança como técnica normal de governo, culminando em um estado de exceção não

²¹ Günter Jakobs chamou de Direito Penal do inimigo o tratamento diferenciado de alguns delinquentes – especialmente os terroristas. Para ele, “o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os cidadãos e de outra para os *inimigos*, reservando o caráter de *peessoas* para os primeiros e de *não-peessoas* para os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal” (ZAFFARONI, 2007, p. 156).

regulamentado e sem nenhum limite temporal, conduzindo à instauração de um regime totalitário, que na “democracia protegida” torna-se regra (AGAMBEN, 2004, p. 28-30).

Assim, o Estado de Exceção atual decorre da dialógica entre leis penais de exceção (criadas para combater emergências, porém incorporadas ao ordenamento jurídico permanentemente), e a atuação concreta das agências policiais, prisionais e judiciárias (MORAES, 2015, p. 83), formando com isso a tríade conformadora do estado de coisas a partir de: uma polícia forte, um judiciário disciplinador e um estado de exceção sempre pronto a atuar (AMARAL, ROSA, 2014, p. 54).

No contexto brasileiro, existe uma forte presença de um autoritarismo enquanto fenômeno psicológico que serve como justificativa a um Estado de Exceção. Isto é: através de concepções maniqueístas do mundo, alavancadas através das sensações de medo e insegurança, clama-se cada vez mais por ordem e segurança privilegiando a autoridade em detrimento ao indivíduo, promovendo a intolerância e potencializando a seletividade por meio de preconceitos e estereótipos (FRAGOSO, 2015, p. 338).

4 A discricionariedade do julgador como o “espaço anômico” do estado de exceção

A partir das justificativas de “combater a criminalidade organizada” e de “acabar com a impunidade” muitas normas do ordenamento jurídico são relativizadas (inclusive normas consideradas como regras penais-constitucionais²²).

Através de decisões com “força de lei” e baseadas no “estado de necessidade” o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, preenche as lacunas do direito, trazendo à tona um problema particular da teoria jurídica: o das lacunas no direito. Isto é, na maior parte dos sistemas jurídicos contemporâneos o juiz está obrigado a julgar (*non liquet*), mesmo diante de uma lacuna na lei, abrindo espaço para uma “reparação” da carência do texto legislativo pelo juiz, suspendendo o ordenamento jurídico vigente para garantir-lhe existência, o que faz com que o judiciário tenha uma ampla discricionariedade na hora de decidir os casos de suspensão da norma e abertura do Estado de Exceção (AGAMBEN, 2004, p. 48)²³.

²² Isso ficou claro com a relativização da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP.

²³ Neste sentido, Niklas Luhmann afirma, com fundamento na sua Teoria dos Sistemas, que pelo fato de ao juiz não ser dada a possibilidade de não decidir (dupla negação do *non liquet*) e porque as regras de interpretação jurídica o orientam a utilizar o código de comunicação do sistema jurídico (direito/não direito) é que se dá o fechamento autopoiético do direito (LUHMANN, 1990, p. 160-161). Na mesma linha, Celso Fernandes Campilongo alega que o sistema político pode socorrer-se de estratégias de adiantamento ou delegação de poder decisório nas questões de difícil resolução, o que o sistema jurídico não pode (por conta do *non liquet*). Assim, “o sistema político sobrecarrega o sistema jurídico, e, com isso, aumenta a liberdade e a discricionariedade do juiz

É através disso que “Todo o espaço político aparece então como espaço de exceção onde as formas de legitimação de poder por meio do direito e seus procedimentos são indefinidamente suspensos e onde vigora ‘uma força de lei sem lei’” (NUZZO, 2017, p. 319).

Essa junção da ampla discricionariedade com a possibilidade de julgar com fundamentos em termos vagos e/ou pela *ponderação à brasileira*, faz com que o julgador esteja em um certo tipo de “espaço anômico” do Estado de Exceção de Agamben, podendo agir de forma ampla, inclusive suspendendo a lei ou tornando-a excepcional sem, com isso, tirá-la do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o julgador poderá decidir sem nenhuma obrigação normativa (inclusive a constitucional), ou, nos termos de Carl Schmitt, sua decisão está em “estado puro”.

Portanto, o juiz torna-se o soberano dentro do processo penal, pois está livre para decidir: se irá atrás das provas, qual prova irá aceitar, se o acusado irá preso ou solto cautelarmente ou se será condenado ou absolvido definitivamente²⁴.

Por isso, com este método, a solução será diferente se o juiz for realista, formalista, racista, feminista, conservador ou progressista (LUIZ, 2013, p. 138), fazendo a insegurança jurídica reinar dentro do direito, somente porque o “julgador pensa desse jeito”. Dessa forma o direito contemporâneo não mais parece ser estruturado sobre a soberania da lei, mas pela racionalidade técnica pensada através de gestão do risco em que a legitimação da decisão não se dá mais pelos procedimentos a qual se forma, mas se impõe na contingência de uma situação de crise (NUZZO, 2017, p. 319).

Porém, numa democracia “não se pode depender de um juiz bom para se chegar em respostas boas (corretas), porque não há qualquer outro freio senão a consciência do próprio juiz para controlar o processo decisório” (LUIZ, 2013, p. 56).

Assim, em um Estado Democrático de Direito é requisito indispensável à um sistema processual-penal democrático que este juiz não possa, com base na sua consciência e/ou discricionariedade, afastar o conteúdo de uma lei (democraticamente legitimada) para julgar o caso concreto, inclusive nos *hard cases* (STRECK, 2012, p. 54-59)²⁵.

diante da lei. A diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações ‘juridicizáveis’ e os poderes do juiz. Numa palavra: ‘politiza’ a magistratura” (CAMPILONGO, 2011, p. 92).

²⁴ Como exemplo pode-se dar a questão da prisão preventiva, que deveria ser utilizada como garantia e proteção dos meios e fins do processo penal em questões excepcionais, porém, é utilizada como regra, tendo números crescentes, e fundamentada pelos magistrados, em sua maioria, com termos vagos como o da “ordem pública”.

²⁵ Em outras palavras, o juiz não pode abrir uma exceção e julgar os casos concretos afastando a lei ou a Constituição.

A partir do exposto pode-se afirmar que os “juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis)” (GRAU, 2013, p. 22).

Com isso, concordamos com Lenio Streck (2011, p. 591) em relação a como o julgador deverá decidir:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser *de princípio*, e não de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais²⁶ (grifos do autor).

5 Considerações finais

O Estado de Exceção contemporâneo se caracteriza por uma zona de indeterminação ou espaço anômico, o que faz com que os atos que se encontrem nos seus limites não estejam nem dentro e nem fora do ordenamento jurídico e com isso a suspensão da norma não determine a sua exclusão do sistema.

Através dessa zona de indeterminação a vida nua que se encontrava fora do ordenamento agora se confunde com ele, tornando, assim, vida política e vida nua uma só, abrindo espaço para que o poder soberano entre nelas e decida sem limites sobre a vida ou morte (biopolítica).

No âmbito do processo penal brasileiro, algumas normas (especialmente os artigos 155 e 156) deixam claro que colocam o magistrado como o “poder soberano” dentro do processo, ou seja, aquele que, no mesmo sentido de Carl Schmitt, tem a decisão final sobre a exceção e a suspensão da norma.

Termos vagos e imprecisos como “ordem pública” são comumente utilizados nos diplomas legislativos, além de técnicas de ponderação e utilização demasiada de *standards* jurídicos, abrem uma ampla discricionariedade para o magistrado fundamentar seus atos “conforme ele pensa” (filosofia da consciência).

Somado à justificativa da busca da verdade real e eternizadas através das sensações de insegurança e medo da população, essas exceções tornam-se regras (Walter Benjamin) e fazem

²⁶ Portanto: “Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’ – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade ‘assujeitadora’ do julgador” (STRECK, 2013, p. 107).

com que o processo penal deixe de ser uma dialética democrática e com todas as partes envolvidas em suas funções (pré)determinadas, para ser uma arena em que o julgador é um dos lutadores e o árbitro (“todo poderoso”) ao mesmo tempo.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Moraes da. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

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

_____. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENJAMIN, Walter. **Crítica da violência: crítica do poder**. Disponível em http://www.nlyriana.adv.br/link_geral2.php.item=artigo. Acesso em jan. 2016.

_____. Sobre o conceito da História. In: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **KRITERION**, Belo Horizonte, nº 118, pp. 401-415 Dez./2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009.

COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil**, vol. 1. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil**, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>>. Acesso em 22 jun. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, n. 49, 1990.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual brasileira (1937-1941), in: **Autoritarismo e processo penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Ana Luisa Zago. Estado de exceção em Carl Schmitt, Walter Benjamin e Giorgio Agamben: da teologia política à biopolítica. In: **Biopolíticas**: Estudos sobre política, governamentalidade e violência. Org.: GLOECKNER, R. J.; FRANÇA, L. A.; RIGON, B. S. Curitiba: iEA Academia, 2015.

NUZZO, Luciano. A Exceção como Dispositivo de Governo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 306-323, jan./jun. 2017.

RABINOW, Paul; ROSE Nikolas. O Conceito de Biopoder Hoje. **Política & Trabalho – Revista de Ciências Sociais**, nº 24, pp. 27-57, Abril de 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2014.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Vozes, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal – O Problema dos Sincretismos de Sistemas (inquisitorial e acusatório), **Revista de informação legislativa**, Brasília, 2009, v.46, nº 183, p. 117-139, jul./set. de 2009.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O que é isto? – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto? – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

Recebido em: 21 set. 2018

Aceito em 14 dez. 2018